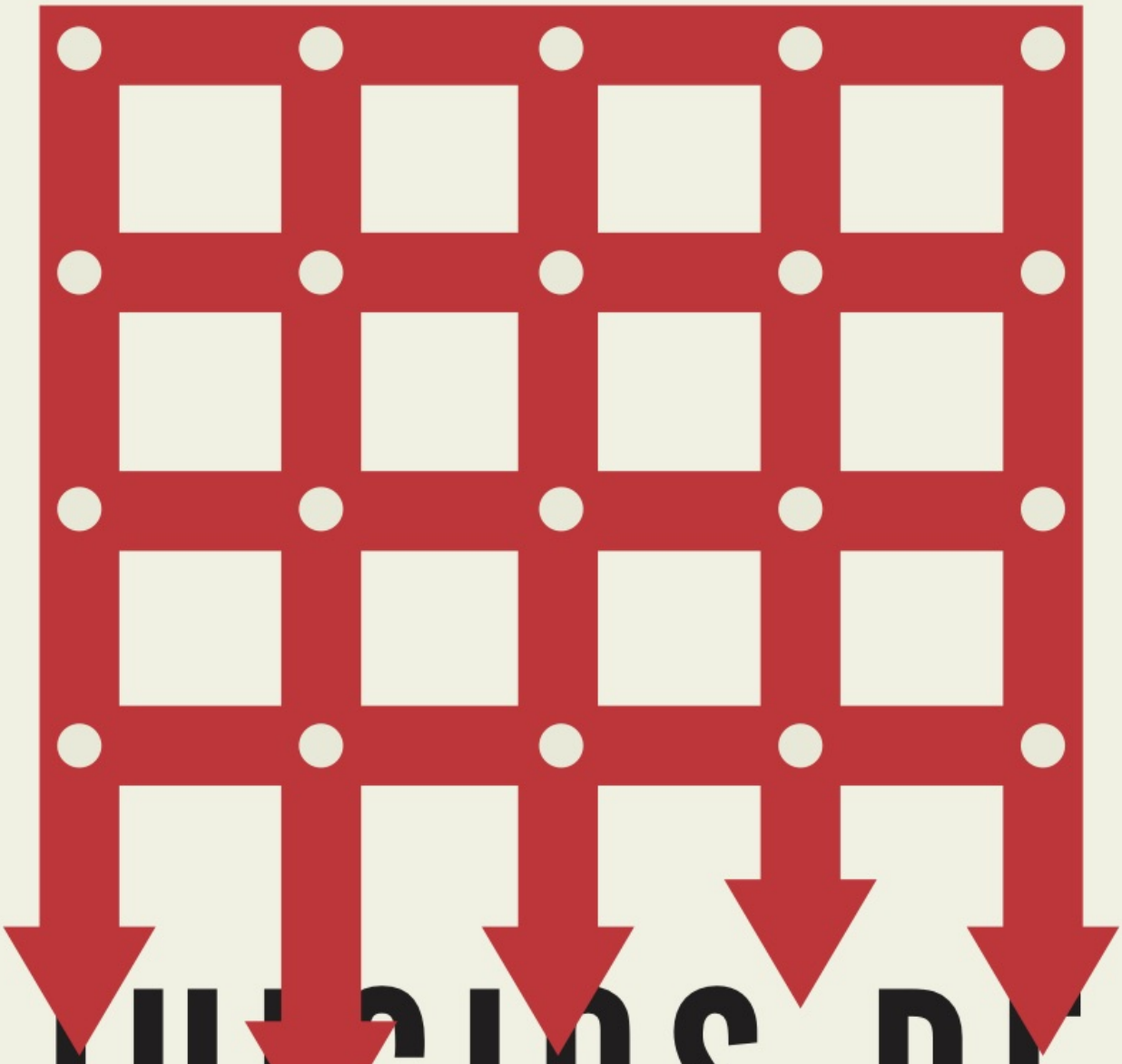

JUICIOS DE ESTADO

LA LEY Y LA DECADENCIA DE LA POLÍTICA

JONATHAN SUMPTION

JUICIOS DE ESTADO

La ley y la decadencia de la política

Jonathan Sumption

Traducción de Dulcinea Otero-Piñeiro

Antoni Bosch editor

Antoni Bosch editor, S.A.U.
Manacor, 3, 08023, Barcelona
Tel. (+34) 93 206 0730
info@antonibosch.com
www.antonibosch.com

© Jonathan Sumption, 2019
© de la traducción: Dulcinea Otero-Piñeiro, 2019
© de esta edición: Antoni Bosch editor, 2019

ISBN: 978-84-949979-8-3

Diseño de la cubierta: Compañía
Maquetación: JesMart
Corrección: Olga Mairal

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, reprográfico, gramofónico u otro, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del *copyright*.

A la próxima generación

Índice

Prólogo
I. El imperio en expansión de la ley
II. Elogio de la política
III. Derechos y torcidos humanos
IV. Enseñanzas de América
V. Constituciones, nuevas y antiguas

Prólogo

Este libro se basa en las cinco conferencias radiofónicas que se emitieron en Radio 4 entre mayo y junio de 2019 dentro de la serie Reith Lectures de la BBC. En esencia reproduce el texto de aquellas conferencias, con añadiduras y modificaciones inspiradas en los debates subsiguientes, y algunas ampliaciones de detalles imposibles de encajar dentro del espacio de media hora de cada retransmisión.

El subtítulo, «La ley y la decadencia de la política», describe con claridad el contenido. La ley es la herramienta que emplea el Estado para imponer su voluntad. El trabajo del jurista consiste en decir cuál es la ley. Pero a mí me interesa una cuestión distinta y más sustancial que los letrados rara vez se plantean. Cuando ya hemos discernido cuál es la ley, ¿qué la convierte en legítima? Antes, las instituciones democráticas otorgaban legitimidad a las leyes, incluso a los ojos de quienes discrepaban de ellas. Pero de unos años para acá ha ido desvaneciéndose la confianza general en ellas. Las alternativas son alguna suerte de autocracia y un régimen legal creado por los jueces. *Juicios de Estado* presenta ideas que he desarrollado mentalmente a lo largo de varios años, pero que la serie de la BBC me animó a exponer de una manera más organizada.

Todos somos prisioneros de la experiencia. Yo he pasado la mayor parte de mi vida estudiando y enseñando la historia de los tribunales de Inglaterra y trabajando en ellos. Los juristas viven al margen de la política, les guste o no. A lo largo de la vida he presenciado cambios radicales en la vida interna del Reino Unido y su lugar en el mundo, lo que ha tenido un efecto transformador en la política británica. No es que con ello me jacte de tener una experiencia universal, pero no es un mal punto de partida. Al fin y al cabo, ninguna de las cuestiones que planteo es nueva. Las reclamaciones contrapuestas de legitimidad por parte de la ley, la ideología y la política se han analizado durante muchos años desde el mundo del derecho académico

y desde las ciencias políticas. La experiencia colectiva del Reino Unido en estas cuestiones se remonta muy atrás. Nuestras instituciones y nuestra cultura legal y parlamentaria cuentan con la historia continuada más larga del mundo, pero acontecimientos recientes las han puesto a prueba. Los debates sobre las relaciones del Reino Unido con la Unión Europea han sacado a la palestra numerosas cuestiones constitucionales que llevaban años latentes antes del referéndum de 2016.

Agradezco a Gwyneth Williams, hasta hace poco directora de la emisora Radio 4 de la BBC, que me invitara a impartir las conferencias Reith Lectures de 2019, y al equipo de la BBC, en particular a la presentadora Anita Anand, al productor Jim Frank y al editor Hugh Levinson, su entrega y profesionalidad. Amigos y compañeros con quienes he discutido sobre estas cuestiones han aportado a esta obra más de lo que jamás llegarán a imaginar, aunque no coincidan necesariamente con mis opiniones. Algunos de ellos tuvieron la amabilidad de trasladarme sus comentarios sobre borradores preliminares de las conferencias, un proceso esencial que me aportó mucho. Mi mayor deuda, no obstante, es, como siempre, con mi esposa, Teresa, quien ha convivido con estas conferencias casi durante tanto tiempo como yo mismo, y me libró de incontables ambigüedades y solecismos.

Jonathan Sumption
Junio de 2019

I. El imperio en expansión de la ley

Al principio era el caos y la fuerza bruta, un mundo sin ley. En la mitología de la antigua Atenas, Agamenón sacrificó a su hija para que los dioses permitieran que su flota atacara Troya. Su esposa lo mató para vengar su acción, y ella, a su vez, fue asesinada por su propio hijo. Atenea, la diosa de la sabiduría, puso fin al ciclo de violencia organizando un juicio para imponer una solución en pro de lo que hoy llamaríamos el bien público: una solución basada en la razón, en la experiencia de la debilidad humana y en el temor a la alternativa. En la parte final de la gran trilogía *Orestíada* de Esquilo, la diosa justifica su intervención en el mundo de los mortales con estas palabras: «Que ningún hombre viva sin el control de la ley, ni controlado por la tiranía». Esto se escribió en el siglo v a. C., pero el mensaje es atemporal y universal. La ley no es tan solo un instrumento para aplicar una justicia correctora o distributiva; es una manifestación de valores colectivos y una alternativa a la violencia caprichosa y al despotismo.

Los juristas tienen el vicio de pensar y hablar sobre la ley como si fuera algo autocontenido, algo que se puede analizar como un espécimen de laboratorio en un tubo de ensayo. Pero la ley no ocupa un mundo propio, sino que forma parte de un sistema más amplio de toma de decisiones públicas. El resto es política: la política de ministros y legisladores, de partidos políticos, de medios de comunicación y grupos de presión, y del gran electorado. Mi objeto es identificar qué lugar le corresponde a la ley dentro de la vida pública. Los temas gemelos que quiero examinar son el declive de la política y la emergencia de la ley para llenar el vacío. ¿Cuál debería ser el papel de la ley dentro de una democracia representativa como la nuestra? ¿Hay demasiada ley? ¿Será, tal vez, demasiado poca? ¿Tienen los jueces un poder excesivo? ¿A qué nos referimos con el imperio de la ley, una expresión tan habitual entre los juristas? ¿Y si en realidad no fuera más que un eufemismo para hablar del imperio de los letrados, tal como han sugerido los cínicos?

La expansión del imperio de la ley es uno de los fenómenos más significativos de nuestro tiempo. Hasta el siglo XIX la mayoría de las interacciones sociales humanas se regían por la costumbre y la convención. La ley se encargaba de un conjunto muy reducido de problemas humanos. Regulaba títulos de propiedad. Exigía el cumplimiento de contratos. Protegía la vida de la gente, su integridad, su libertad y su propiedad frente a daños arbitrarios. Pero eso era todo. Hoy en día, la ley llega a todos los rincones de la vida humana. La edición moderna estándar del código de leyes inglesas abarca 50 volúmenes gruesos con más de 30 libros de suplementos. Además, en la actualidad hay unas 21.000 regulaciones emitidas por ministerios con poderes estatutarios y casi 12.000 regulaciones de la Unión Europea. En un solo año, a finales de mayo de 2010, se estipularon más de 700 delitos nuevos, tres cuartas partes de ellos por decisión del Gobierno. Ciertamente fue un año excepcional, pero el ritmo de crecimiento sigue siendo elevado.

Además está la incesante producción de sentencias por parte de los tribunales, muchas de ellas sobre materias apenas tocadas por la ley un siglo atrás. Las competencias de los tribunales de familia abarcan ahora todos los aspectos del bienestar infantil, lo que otrora pertenecía al ámbito cerrado del hogar. Complejos códigos jurídicos aplicados por tribunales especializados regulan el mundo laboral. Un sistema elaborado de legislación administrativa, desarrollado en gran parte por jueces desde la década de 1960, rige la mayoría de los aspectos de las relaciones entre el Gobierno y la ciudadanía. Los fueros especiales que antes se consideraban al margen de la competencia de los tribunales, como la política exterior, la gestión de operaciones militares en ultramar y el resto de poderes prerrogativos del Estado, se han ido cediendo uno detrás de otro al poder de los jueces. Sobre todo, a partir del año 2000 un código de derechos humanos jurídicamente vinculante ha abierto inmensas áreas nuevas a la decisión de los tribunales. La repercusión de estos cambios se puede medir a través del crecimiento de la profesión jurídica: en 1911 había un abogado en Inglaterra por cada 3.000 habitantes, y tan solo un siglo después hay en torno a un abogado cada 400 habitantes, una cantidad siete veces mayor.

El imperio de la ley es uno de esos tópicos de la vida moderna a los que

suele apelarse, incluso por parte de los propios juristas, sin reflexionar demasiado sobre lo que realmente significan. Su esencia se puede resumir en tres puntos. En primer lugar, las autoridades públicas no tienen ningún poder para imponernos nada, salvo el que les otorga la ley. En segundo lugar, la gente debe tener un mínimo de derechos legales básicos. Cabría debatir sobre cuáles deberían ser esos derechos, pero al menos deben incluir la protección frente a la violencia física y a la interferencia arbitraria en la vida, la libertad y la propiedad. Sin estos derechos, la existencia social no es más que un ejercicio de fuerza bruta. En tercer lugar, debe haber acceso a jueces independientes para hacer valer esos derechos, para administrar el derecho penal y para imponer los límites del poder del Estado. Sin embargo, igual de importante al menos que todo eso es una comprensión clara de lo que no significa el imperio de la ley: no significa que todo problema humano y cada dilema moral requieran una solución legal. Entonces, ¿por qué se ha producido esta expansión enorme del ámbito de la ley?

La razón fundamental radica en el advenimiento de una democracia de base amplia entre la década de 1860 y la de 1920. La participación masiva en los asuntos públicos ha conducido inevitablemente a un aumento de las exigencias al Estado: como proveedor de servicios, como garante de unos estándares mínimos de seguridad y como regulador de la actividad económica. El optimismo sobre lo que es capaz de lograr la actuación colectiva es natural entre los animales sociales. En el Reino Unido, este sentimiento se intensificó tras la vivencia de dos guerras mundiales en las que el Estado movilizó recursos a una escala sin precedentes con un objetivo único. Los impresionantes resultados reforzaron su prestigio y transmitieron la idea de que ese mismo esfuerzo podría aplicarse con éxito a las artes de la paz. La confianza en el poder positivo de la acción colectiva para mejorar el destino de la humanidad fue lo que más influyó en la elección abrumadora de un Gobierno laborista en 1945. La ley es el principal instrumento de la acción colectiva. El aumento de las expectativas sobre lo que es capaz de lograr conduce de forma natural a la reclamación de soluciones legales.

En algunos terrenos esto viene dictado por la propia naturaleza del problema. Consideremos, por ejemplo, las consecuencias derivadas del cambio tecnológico y económico que los economistas denominan

«externalidades»: enfermedades y accidentes laborales, contaminación, monopolios y cambio climático, por nombrar tan solo algunas de las más obvias. El crecimiento económico es la creación espontánea de innumerables individuos, pero la actuación espontánea no puede resolver los indeseados costes colectivos que eso conlleva. Solo el Estado puede hacerlo. Así que tenemos leyes contra cárteles, contra la contaminación, etcétera. Sin embargo, hay otras áreas en las que no se nos impone la intervención de la ley, sino una decisión colectiva que refleja cambios generalizados en nuestra forma de pensar. Quisiera llamar la atención sobre dos de esos cambios que han contribuido sobremanera a la expansión del imperio de la ley: uno de ellos es el auge de un absolutismo moral y social que persigue la ley para generar uniformidad social y moral; el otro es la búsqueda continua de un aumento de la seguridad y una reducción del riesgo.

Reflexionemos en primer lugar sobre la ley como un medio para imponer uniformidad. Esta se consideraba antes una de sus funciones principales. La ley reguló el culto religioso hasta el siglo XVIII. Discriminó entre distintas confesiones religiosas hasta el siglo XIX. Rigió las relaciones sexuales privadas y consentidas hasta tiempos muy recientes. Los actos homosexuales fueron delito en el Reino Unido hasta 1967. En la actualidad la ley se ha retirado de esos terrenos casi por completo. De hecho, se ha desplazado al extremo opuesto y ahora prohíbe la discriminación que era imperativa en otros tiempos. Sin embargo, en otros aspectos hemos retomado la vieja idea de que la ley existe para imponer uniformidad. Vivimos en una era de censura, más tal vez que cualquier otra desde que el movimiento evangélico transformó las sensibilidades morales de los victorianos. Fueron voces liberales de la época victoriana, como la de John Stuart Mill, las primeras en protestar contra las consecuencias que esto tiene para la libertad personal. La ley, sostenía él, existe para protegernos del mal, no para enrolarnos en una uniformidad moral. Pero hoy la prensa intimidatoria puede descargar un torrente de escarnio público e insultos sobre cualquiera que saque los pies del plato. Las redes sociales instan a plantearse preguntas sencillas y generan un marcado instinto gregario que disipa no solo la discrepancia sino también la duda y los matices. Un comportamiento inadecuado en

público, y hasta en privado, puede acabar con el sustento de una persona. Los publicistas presionan a los editores para que no difundan contenidos controvertidos, y los editores son despedidos por empeñarse en ello. Organizaciones estudiantiles pueden impedir que se escuche a conferenciantes poco ortodoxos. Hasta se ha sugerido que la mera exposición de opiniones ante jóvenes con ideas opuestas supone una amenaza para su integridad emocional de la que tienen derecho a ser protegidos. Todo ello ha presionado para uniformar a la gente con más intensidad que en la época de Mill. Se trata de la misma mentalidad que busca en la ley regular aspectos de la vida que otrora pertenecían en exclusiva al ámbito de la opinión personal. Estamos mucho menos dispuestos que antes a respetar la autonomía del individuo para elegir. Tendemos a considerar los valores sociales y morales como pertenecientes a la comunidad en su conjunto, como elementos de una toma de decisiones colectiva, no personal.

En 2017, los tribunales y la prensa tuvieron mucho trabajo con el caso de Charlie Gard, un niño que nació con una enfermedad genética rara y terminal. La valoración médica fue que no había ninguna posibilidad palpable de mejora. El hospital donde lo estaban tratando apeló al Tribunal Supremo para solicitar permiso para retirar el tratamiento y dejar morir al bebé. Los padres del niño rechazaron el consejo médico; querían sacarlo de la sanidad pública y trasladarlo a Estados Unidos para someterlo allí a un tratamiento experimental sin probar. El especialista estadounidense consideraba escasas las posibilidades de mejora, pero superiores a cero. Los padres deseaban intentarlo; recaudaron el dinero a través de una campaña de micromecenazgo y podían pagar los costes sin necesidad de recurrir a fondos públicos, algo poco habitual. El caso planteaba una combinación difícil de valoración moral y de pragmatismo en la atención social. Los tribunales autorizaron al hospital para retirar el tratamiento terapéutico, y el niño falleció.[1]

La historia tiene dos características llamativas. La primera es que, aunque la decisión de si continuar con el tratamiento dependía de la valoración clínica, los facultativos implicados no quisieron tomar la decisión por sí solos, tal como sospecho que habrían hecho los de una generación anterior.

Quisieron la aprobación de un juez, y no porque creyeran que los jueces contaban con alguna cualificación clínica o moral especial de la que carecieran los médicos, sino porque los jueces tienen el poder de absolución. Al trasladar el asunto a los tribunales, los médicos se protegieron de cualquier responsabilidad legal. Es un instinto comprensible. Los médicos no quieren correr el riesgo de que los demanden o persigan, por muy convencidos que estén de su criterio. Pero el riesgo de una demanda o de una denuncia solo existe porque hemos llegado a considerar estos terribles dilemas humanos como propios del ámbito de la ley. La segunda característica del caso tal vez sea aún más llamativa: los tribunales fallaron no solo que el hospital debía ser autorizado a retirar el tratamiento terapéutico, sino también que no había que permitir a los padres que intentaran una cura en otra parte. No se decía que trasladar al niño a Estados Unidos y tratarlo allí empeoraría en realidad su penosa situación, aunque obviamente la habría prolongado. La opinión de los padres pareció situarse dentro del amplio rango de decisiones que habrían tomado unos padres responsables y solícitos, pero para la ley se trataba en última instancia de un asunto que compete a un órgano del Estado, la Sala de Asuntos de Familia del Tribunal Supremo. La decisión de los padres se nacionalizó, por así decirlo. En realidad, yo no critico la decisión tomada; solo señalo que la respuesta probablemente habría sido distinta una generación antes, si es que el asunto hubiera llegado siquiera a los tribunales.

He mencionado este caso atroz porque, aunque los hechos son inusuales, ilustra una tendencia más general de la ley. Los imperios de la ley y los poderes discrecionales que la ley confiere a los jueces acotan la esfera de la toma de decisiones autónomas por parte de los individuos. Reducen el espacio en el que los ciudadanos asumen responsabilidades personales sobre su propio destino y el de sus familias. Por supuesto, la ley siempre ha hecho esto en algunos ámbitos. La clásica postura liberal (una vez más fue John Stuart Mill quien mejor lo expresó) es que debemos distinguir entre los actos que afectan a los demás, y que por tanto son materias apropiadas para la regulación legal, y los que afectan tan solo al actor, los cuales pertenecen a su espacio personal. Así, penalizamos el asesinato, la violación, el robo y el fraude. Decimos que la moralidad de esos actos no debe depender de la

conciencia de cada individuo. No solo son perniciosos para los demás, sino que además existe un consenso casi total sobre su inmoralidad. Lo nuevo es la tendencia creciente a que la ley regule decisiones humanas incluso en los casos en que no dañan a los demás, y ahí no existe ningún consenso sobre su moralidad.

Un buen ejemplo lo ofrece alguna legislación reciente sobre los derechos de los animales. A lo largo de los últimos años Inglaterra y Escocia, junto con otros países europeos, han creado leyes para prohibir las granjas de animales peleteras. La razón no es que la cría y el sacrificio de estos animales para uso humano sean objetables de por sí. La mayoría de la gente considera moralmente aceptables la cría y el sacrificio de animales para alimentarnos. Pero no comemos castores ni visones, solo los criamos por su piel. La idea que subyace a la prohibición legal es que el deseo de vestir un gorro de castor o un abrigo de visón no es una razón moral suficiente para matar animales, mientras que el deseo de comerlos sí lo sería. Pero mucha gente discreparía de esta opinión. Algunas personas son felices vistiendo prendas de piel aunque otras no estén de acuerdo con ello. Sin embargo, el Parlamento ha promulgado que las granjas peleteras no son un tema en el que se deba permitir un juicio moral privado. Argumentos similares podrían esgrimirse en relación con la elaborada legislación que ahora regula la sección de la cola de los perros: permite esta práctica cuando tiene un valor utilitario (en perros de labor, por ejemplo), pero no por simple valor estético (para exhibiciones de mascotas o perros). La idea subyacente es que, aunque cortar la cola a un perro no tiene por qué ser negativo, el gusto estético no es una razón moral suficiente para hacerlo.

No deseo en absoluto entrar a discutir los aciertos o errores de leyes como estas, la cuestión que planteo es otra distinta. Estas leyes afectan a asuntos morales sobre los que la gente tiene gran variedad de opiniones. Pero la ley regula las preferencias morales individuales bajo el principio de que solo puede haber un único juicio moral colectivo, no una multiplicidad de juicios individuales. Esto revela algo sobre la postura cambiante de nuestra sociedad ante la ley: evidencia la expansión del espacio público a expensas del espacio privado que antes se consideraba sacrosanto. Incluso cuando no intervienen consideraciones relacionadas con el bienestar, recurrimos a la

ley para imponer soluciones uniformes en terrenos donde antes tolerábamos una diversidad de criterios y comportamientos. Como sociedad, tememos que la gente se deje guiar por sus propios juicios morales por si llega a conclusiones con las que no estamos de acuerdo.

Consideremos ahora el otro gran factor oculto tras el creciente apetito público por imponer normas legales: el deseo de una mayor seguridad y de una reducción del riesgo. Esto cobra especial relevancia en los ámbitos del orden público, la sanidad, el trabajo y la protección del consumidor, que es donde radican los mayores riesgos para nuestro bienestar y donde se concentra la mayor proporción de legislación moderna.

La gente habla en ocasiones como si la eliminación del riesgo en la vida, la salud y el bienestar fuera un valor absoluto. Pero en realidad no actuamos de acuerdo con ese principio, ni en la vida privada ni en asuntos colectivos. Los accidentes de tráfico, por ejemplo, son con diferencia la principal causa de lesiones físicas fortuitas en el Reino Unido. Casi podríamos acabar con ellos por completo con la recuperación de la Ley de Locomotores *(Locomotive Act)* de 1865, que limitaba la velocidad de los vehículos a motor a 6 km/h en el medio rural y a 3 km/h en ciudad. Hoy se permiten velocidades más altas, aunque sabemos a ciencia cierta que eso conllevará más muertos y heridos en carretera, y lo hacemos porque una seguridad total sería demasiado inconveniente. Aunque duela decirlo, cientos de muertos en las carreteras y miles de lesiones graves se consideran un precio que vale la pena pagar a cambio de llegar a los sitios más rápido y con más comodidad. De modo que la eliminación del riesgo no es un valor absoluto, sino una cuestión de grados.

Hace unos años, los tribunales abordaron el caso de un joven que se rompió el cuello al tirarse de cabeza a un lago somero en un lugar emblemático muy conocido. Quedó paralítico de por vida. Demandó a las autoridades locales por negligencia. Las autoridades locales habían instalado carteles de advertencia, pero su argumentación era que, puesto que sabían que la gente tiende a ignorar los carteles, tendrían que haber tomado medidas para cerrar por completo todo el perímetro del lago. El tribunal de apelación coincidió con él, pero cuando el caso llegó a la Cámara de los Lores, los jueces señalaron que proteger a este joven de su propia negligencia

tenía un coste. Y ese coste era la pérdida de libertad que sufriría la inmensa mayoría de la gente que disfruta visitando el lago y es lo bastante sensata como para hacerlo de forma segura. Así que la demanda no prosperó al final.[2] Los magistrados tocaron un dilema más amplio. Cada vez que una autoridad pública es acusada de fracasar en la prevención de alguna tragedia como esta, tiende a responder restringiendo la libertad del público en su conjunto para privarlo de la posibilidad de lesionarse. Es la única forma segura de evitar las críticas. Cada vez que criticamos a algún trabajador social por no haber frenado algún caso terrible de abuso infantil, en la práctica estamos invitando a todo ese colectivo a mostrarse mucho más dispuesto a intervenir en la vida de padres inocentes para prevenir que sus hijos puedan correr algún riesgo. La ley puede reforzar la seguridad personal, pero su protección tiene un precio, y a veces es muy alto. Esto nos conduce a una de las ironías supremas de la vida moderna: hemos ampliado el abanico de los derechos individuales al mismo tiempo que hemos recortado de forma drástica el ámbito de las decisiones individuales.

Dilemas como este han existido durante siglos. Lo que ha cambiado en los últimos años es el nivel de riesgo que la gente está dispuesta a tolerar en su vida. A diferencia de nuestros antepasados, ya no queremos aceptar la rueda de la fortuna como parte de la existencia humana. Contemplamos la seguridad física, financiera y emocional no ya como algo normal, sino como un derecho. Algunas personas agradecerán este cambio, pero otras lo lamentarán. La mayoría de nosotros probablemente tenga opiniones diferentes sobre el asunto en distintos momentos de la vida, pero nadie debería sorprenderse porque es una respuesta racional a los cambios relevantes que se están produciendo en el mundo. El progreso técnico de la humanidad nos ha permitido influir más en el bienestar propio y el del resto de las personas, pero no ha ido unido a avances acordes en nuestra sensibilidad moral o nuestra consideración hacia el vecino. Infortunios que antes se consideraban irremediables, hoy parecen sumamente evitables. Una vez que se contemplan como consecuencias eludibles de la acción humana, suelen convertirse en temas apropiados para endosarles una responsabilidad penal. Así, después de cada desastre, tendemos a pensar que alguien ha tenido que saltarse la ley o que esta no debía de ser lo bastante severa.

Buscamos un remedio legal: una demanda, un proceso penal o más leyes. «Debería haber una ley contra esto», es el clamor universal. Normalmente ya la hay, o no tardará en haberla.

Como es natural, la ley no ofrece en realidad una solución para cada desgracia. Espera que la gente, dentro de sus limitaciones, vele por sus propios intereses. Da por supuesto que hay que aceptar algunos riesgos porque el coste social y económico de eliminarlos es demasiado alto. Sin embargo, las expectativas de la ciudadanía son un motor de desarrollo legal muy potente. Sabido es que los jueces no resuelven los casos de acuerdo con la opinión pública, pero su labor consiste en tener en cuenta los valores de la sociedad a la que sirven. La aversión al riesgo se ha convertido en uno de esos valores, y uno de los más poderosos.

Con estas cuestiones no pretendo reprobar el influjo creciente de la ley en nuestras vidas. Al igual que la mayoría de la gente, considero deseables algunas intervenciones de la ley, mientras que otras me parecen absurdas o ridículas. Sería disparatado intentar devolver el reloj a una época anterior en la que la vida era más simple y la gente esperaba menos del Estado. El avance de la ley no es más que un hecho que debemos reconocer porque tiene consecuencias importantes en nuestra forma de gobierno. Y es que no puede haber más ley sin que haya más poder del Estado para aplicarla. En la actualidad, la cantidad de poder de que dispone el Estado para este fin es muy grande. El Estado ha tenido prácticamente un monopolio de la fuerza coercitiva desde mediados del siglo XIX. En los últimos treinta años, la tecnología de vigilancia y de recuperación de datos le ha otorgado una capacidad sin igual para concentrar esa fuerza sobre la gente. El sociólogo alemán Max Weber, que fue el primero en afirmar que la burocracia constituía el rasgo esencial de las sociedades modernas, también le dio una definición. «La administración burocrática», escribió «implica dominación a través del conocimiento». En una era en que el Estado puede hacer mucho más para controlar el comportamiento humano, la gente espera que esa plenitud de poder se emplee para imponer estándares colectivos de comportamiento y para mejorar el bienestar.

El gran fundador de la filosofía política, Thomas Hobbes, creía que las comunidades políticas entregaban su libertad a un soberano absoluto a

cambio de seguridad. Hobbes tiene pocos adeptos en la actualidad, pero las sociedades modernas han avanzado mucho hacia la justificación de sus teorías. Hemos convertido el Estado en un Leviatán al ampliar y explotar su poder para reducir los riesgos que amenazan nuestro bienestar. Puede que en el siglo XVII se aboliera la monarquía absoluta, pero el siglo XX creó la democracia absoluta en su lugar.

Una vez desaparecidos por completo los límites reales del poder del Estado solo queda recurrir a los principios para controlar esta inmensa concentración de poder. Pero, ¿en qué principio debemos basarnos? ¿Cuáles son los límites adecuados del poder del Estado? ¿Cómo se imponen esos límites? Estas cuestiones no son nuevas, en Inglaterra se han debatido desde la Edad Media. Pero la naturaleza del debate es inevitablemente distinta en una democracia. Nuestros ancestros contemplaban el Estado como un poder autónomo, encarnado por un monarca poderoso y sus ministros. Para ellos era natural hablar de las relaciones entre el Estado y sus súbditos en términos de «nosotros y ellos». Pero en una democracia el Estado no está ni con nosotros ni contra nosotros, es nosotros. Por eso la mayoría de la gente tiene tantas contradicciones con él. Nos pesa su poder. Nos oponemos a su intromisión. Criticamos la arrogancia de algunos de sus agentes y portavoces. Pero las expectativas colectivas dependen de que realice su intervención continua en casi todas las esferas de nuestra vida. No nos gusta, pero lo queremos. El peligro radica en que las demandas de las mayorías democráticas para la actuación del Estado pueden adoptar formas muy ofensivas, incluso opresivas, para algunos individuos o para sectores enteros de la sociedad.

---

[1] *Great Ormond Street Hospital for Children NHS Foundation Trust v. Yates* [2017] 4 WLUK 260; [2018] 4 WLR 5.

[2] *Tomlinson v. Congleton Borough Council* [2004] 1 AC 46.

II. Elogio de la política

Los políticos siempre han tenido mala prensa. El sabio del siglo XVIII Samuel Johnson pensaba que solo estaban ahí por vanidad y ambición. Mark Twain creía que eran corruptos a la vez que estúpidos. Es famoso el desprecio que manifestó George Orwell por el mundo de los políticos al calificarlo como «un montón de mentiras, fraudes, estupidez, odio y esquizofrenia». Esta clase de afirmaciones son clichés atemporales que reflejan con fidelidad la opinión heredada de cada época, incluida la nuestra. La literatura y las pintadas conservadas revelan que ya eran comunes en el mundo de la Antigüedad. Así que el título de este capítulo tal vez suene a provocación, eso espero al menos, porque quisiera defender la causa del proceso político, con todas sus imperfecciones. En el capítulo anterior sostuve que el empeño por protegernos de aquello que parece amenazar nuestros valores y nuestro bienestar ha producido una expansión inconmensurable del peso del Estado en nuestras vidas. En una democracia, el Estado, con su inmenso potencial para el bien y para el mal, está en última instancia en manos de las mayorías electorales. De ahí proviene el gran dilema de la democracia moderna: ¿cómo se controla el poder potencialmente opresivo de las mayorías democráticas sin socavar la democracia en sí?

Empecemos por algunos interrogantes básicos. ¿Por qué la gente obedece al Estado? Su poder coercitivo, aunque grande, no basta para explicarlo. En esencia, obedecemos al Estado porque respetamos la legitimidad del orden político sobre el que se fundamenta. La legitimidad es un concepto vital, aunque esquivo, dentro de los asuntos humanos. La legitimidad es menos que la ley, pero más que una opinión. Es un instinto colectivo que nos debemos los unos a los otros para aceptar la autoridad de las instituciones, incluso cuando no nos guste lo que hagan. Esto depende de una conciencia tácita compartida por todos. Es el resultado de vínculos históricos, un idioma, un lugar y una cultura comunes: en resumen, de la identidad

colectiva. Pero incluso en una época en que las identidades colectivas penden de un hilo, la legitimidad sigue siendo la base de todo el consenso. A pesar de su enorme poder, los Estados modernos aún dependen en gran medida del consenso tácito. El desplome repentino de los Gobiernos comunistas del este de Europa a finales del siglo pasado supuso una dura lección sobre la importancia de la legitimidad. Incluso en un Estado totalitario, el gobierno civil se desmorona en cuanto falla el consenso tácito y la ideología no es capaz de llenar el hueco. Si fue así con las dictaduras de partido del este de Europa, con su intimidatorio aparato de control social, ¿cómo no iba a darse en una sociedad de relativa libertad como la nuestra?

La legitimidad de la actuación del Estado en una democracia depende de una aceptación general de los procedimientos utilizados para la toma de decisiones: no necesariamente de las decisiones en sí, sino del método seguido para adoptarlas. Una sociedad libre comprende a innumerables individuos y grupos con opiniones e intereses contrapuestos, y algunos de esos intereses y opiniones despiertan intensas pasiones. El primer cometido de cualquier sistema político consiste en conciliar esas diferencias para que la gente pueda vivir junta en una misma comunidad sin la aplicación sistemática de la fuerza. Las democracias operan sobre la base implícita de que, aunque una mayoría haya autorizado políticas que una minoría rechaza, estas diferencias se superan mediante la aceptación común de la legitimidad de los procesos seguidos para la toma de decisiones.

La regla de la mayoría es el principio básico de la democracia. Pero esto solo significa que hay una mayoría suficiente para autorizar las actuaciones del Estado. No basta para convertirlas en legítimas. Esto es así porque la regla de la mayoría no es más que una regla para la toma de decisiones. No hace nada para conciliar nuestras diferencias; tan solo las confirma en términos numéricos. Las democracias no pueden funcionar sobre la base de que una mera mayoría se lleve el cien por cien del botín político; si lo hicieran, albergarían en su seno grandes grupos permanentes de personas descontentas sin ningún nexo común entre ellas para superar sus diferencias con la mayoría. Un Estado basado en ese principio dejaría bien pronto de ser una comunidad política. Esta es una de las razones por las que todas las democracias han desarrollado métodos para limitar o diluir el poder de las

mayorías. A continuación consideraremos dos de ellos. En realidad son los únicos que importan: uno es la política representativa, el otro la ley.

En teoría, en la actualidad se podría abolir la representación y, con ella, la política tal como la conocemos. Por primera vez desde que toda la ciudadanía de la antigua Atenas se reunía en el ágora para tratar asuntos públicos, sería prácticamente viable que el electorado votara de forma directa cada una de las medidas que se quieran adoptar. En la práctica, ninguna democracia funciona así, sino que todas actúan a través de asambleas legislativas electas. Lo hacen no solo por razones prácticas, sino también por principio. James Madison, redactor principal de la Constitución estadounidense, dio lo que todavía es hoy la justificación clásica del principio representativo en una de sus aportaciones a la recopilación de artículos conocida como *El federalista*. En su opinión, era menos probable que un grupo electo de ciudadanos sacrificara los verdaderos intereses del país por consideraciones a corto plazo, instintos irreflexivos o intereses sectoriales. «Bajo una regulación así, bien puede suceder que la voz pública, emitida por los representantes del pueblo, sea más acorde con el bien público que si la pronuncia el pueblo por sí mismo». En Inglaterra, el político y filósofo Edmund Burke, contemporáneo de Madison, desarrolló más esta idea. Dirigiéndose a sus votantes en Bristol, dijo:

> Todo hombre tiene derecho a emitir una opinión. La de los votantes es una opinión de peso y respetable que un representante siempre debe alegrarse de oír; y que siempre debe considerar con la mayor seriedad. Pero hay órdenes autorizadas, mandatos dictados, que el parlamentario está obligado a acatar, votar y defender de forma ciega e implícita, aunque sean contrarios a la convicción más firme de su juicio y de su conciencia; estos son asuntos completamente desconocidos para las leyes de esta tierra y que proceden de un error de base en todo el orden y el tenor de nuestra Constitución. El Parlamento no es una congregación de embajadores de intereses distintos y hostiles […] sino la asamblea deliberativa de una nación, con un interés único, el del todo.

Cabría decir que se trata de una concepción «elitista», y lo es. Pero las elites políticas tienen su utilidad. Es de esperar que los políticos profesionales acometan su labor con un enfoque más reflexivo, una perspectiva más amplia y mucha más información que su electorado. Pero

también existe un aspecto más fundamental: los países tienen intereses colectivos a una escala temporal más larga y en un espacio geográfico más amplio que los que probablemente llegaría a reflejar jamás la opinión pública del momento. Hoy en día, por ejemplo, nos enfrentamos a temas como el cambio climático, donde los intereses de las generaciones futuras difieren de los del electorado actual. Y hay otros asuntos en los que las opiniones de Inglaterra, con un electorado dominante, difieren de las de Escocia, Gales o Irlanda del Norte. El Brexit es una cuestión que plantea estos dos problemas. Fue el filósofo decimonónico David Hume quien hizo hincapié por primera vez en lo que él denominó «la incurable estrechez del alma», que insta a la gente a preferir lo inmediato a lo remoto. Si queremos evitar esa misma estrechez de miras, debemos echar una ojeada al interés nacional que va más allá de la instantánea actual de la opinión electoral.

A lo largo de la historia, la política representativa ha sido con diferencia la forma más efectiva para lograrlo, al mismo tiempo que ha conciliado las diferencias entre la gente. Esto se debe sobre todo al papel primordial de unas instituciones muy denostadas: los partidos políticos. Los partidos políticos son criaturas de la democracia de masas. El gran abogado constitucionalista A. V. Dicey, que escribió a finales del siglo XIX, cuando la democracia de masas era algo nuevo, los consideraba conspiraciones que sacrifican el servicio público en beneficio de los intereses sectoriales. Esta opinión aún está muy extendida, pero la experiencia ha demostrado, creo yo, que es errónea. Los partidos políticos no han sido por lo común grupos monolíticos, sino coaliciones de opinión unidas por una coherencia laxa de puntos de vista y el deseo de ganar elecciones. La política es un mercadillo. Para lograr un tamaño crítico y comandar una mayoría parlamentaria, los partidos, tradicionalmente, han tenido que pujar para conseguir el apoyo de un conjunto muy diverso de parlamentarios y un electorado más diverso aún. Han tenido que adecuar su atractivo a los cambios en la opinión pública o a las prioridades con más probabilidad aparente para influir en los patrones de voto. Todo su objetivo consiste en generar un catálogo de políticas que tal vez solo una minoría habría elegido como opción preferente, pero con la que pueda vivir el mayor abanico posible de gente. Esto los ha convertido normalmente en poderosos motores del compromiso

nacional y mediadores eficaces entre el Estado y el electorado.

En el Reino Unido es imposible pensar en estos asuntos sin poner un ojo en las revueltas que siguieron al referéndum de 2016 sobre la pertenencia a la Unión Europea. Existen argumentos de peso para abandonar la Unión Europea y argumentos de peso para quedarse en ella. No emitiré un criterio sobre ninguna de las dos opciones porque es irrelevante para el tema que nos ocupa. Quiero centrarme en las consecuencias que ello tiene para la forma en que nos gobernamos. El Brexit es un tema sobre el que la gente ha adoptado una postura firme y que mantiene el país escindido más o menos por la mitad. Estas divisiones son problemáticas, no solo en sí mismas, sino también porque vienen a corresponderse con otras fracturas de la sociedad: generacional, social, económica, educativa y regional. Es un caso típico de la clase de acomodos que mejor logra una asamblea legislativa representativa. Europa se ha convertido en el tema definitorio que determina la adhesión a un partido para buena parte del electorado. Como resultado, hemos visto a los dos grandes partidos nacionales, que antes defendían la pertenencia a la Unión Europea, ajustar sus posiciones políticas a la nueva realidad. Esto es natural, es lo que siempre han hecho los partidos políticos. En cierto sentido, es para lo que están. Pero queda un gran cuerpo de opinión que se opone con fuerza al Brexit. Este incluye algunas de las voces más elocuentes y bien informadas de nuestra sociedad. Por tanto, lo esperable sería que el proceso político diera lugar a un compromiso que no gustase por entero a ninguno de los bandos, pero que fuera aceptable para ambos. Esto se ha revelado de una dificultad excepcional, pero ¿por qué?

La razón fundamental estriba en la elección de un referéndum como método para decidir. Un referéndum es un mecanismo que sirve para esquivar el proceso político ordinario. Aparta la toma de decisiones de los políticos, cuyo interés suele radicar en adaptarse al mayor rango de opinión posible, y la deja en manos de electores individuales sin ningún motivo para tener en cuenta algún criterio distinto del suyo particular. El verdadero objetivo de un referéndum es bloquear la valoración independiente del interés nacional por parte de los políticos, y este es uno de los motivos por los que podría considerarse bastante absurdo criticarlos por no haber sido capaces de hacerlo. Un referéndum obstaculiza el acuerdo si da lugar a un

resultado en el que el 52 % de los votantes se siente legitimado para hablar en nombre de toda la nación, y el 48 % restante no tiene ninguna importancia. Esta es, después de todo, la afirmación tácita de cualquier ministro que declare que «el pueblo británico» ha aprobado esta o aquella medida, como si solo la mayoría conformara el «el pueblo británico». Esta es la mentalidad que ha creado una sensación injustificada de legitimidad en la gente que tacha a quienes discrepan de ella de «enemigos», «traidores», «saboteadores» y hasta «nazis». Este es el verdadero lenguaje del totalitarismo, es el punto más bajo hasta el que puede hundirse una comunidad política para quedarse al borde de la violencia real.

Desde comienzos de 2019, la política ha empezado a recuperarse. El Parlamento se ha movido para forzar un acuerdo con quienes creen que el referéndum los ha legitimado con resultados absolutos. En el momento en que escribo esto, no se puede saber el resultado final, pero si el proceso va con retraso, lento e incompleto es debido a otro factor que lleva actuando más tiempo y que puede revelarse más dañino aún. Me refiero a la marcada caída del compromiso de la sociedad con la política activa. La participación en elecciones generales ha seguido una tendencia descendente durante muchos años. En cierto momento, en 2001, cayó a menos del 60 %, el índice más bajo de la historia. A comienzos de la década de 1950, los partidos políticos eran las organizaciones más multitudinarias en el Reino Unido. El partido conservador contaba con unos 2,8 millones de miembros; el partido laborista tenía alrededor de 1 millón de miembros, aparte de la adhesión teórica de quienes pertenecían a sus sindicatos asociados. Entre ambos probablemente aglutinaban una muestra muy representativa de la población votante. Hoy en día, a pesar del reciente ascenso de afiliación en el partido laborista, la Real Sociedad para la Protección de Aves tiene más miembros que los tres partidos nacionales más consolidados juntos. La Auditoría sobre Compromiso Político anual más reciente de la Hansard Society[1] registra un aumento notable en el número de personas que afirman no querer participar en absoluto ni en la toma de decisiones nacional ni local. Todo esto ha expandido la brecha entre los políticos profesionales y la ciudadanía, pero también ha implicado que la afiliación a partidos políticos se haya abandonado en manos de grupos reducidos de activistas que cada vez

representan menos a sus votantes. El efecto de todo ello ha sido la obstrucción de la capacidad de los partidos para funcionar como instrumentos de acuerdo, y para limitar el abanico de opciones ofertadas al electorado. Esta es una situación peligrosa. Es posible que la desafección actual de tantos votantes conduzca a largo plazo a liderazgos políticos de corte mucho más partidista y autoritario. Hay algunas verdades incómodas de admitir pero que lo confirman; una de ellas es que un elemento importante de las constituciones democráticas modernas es que consideran a la gente fuente de legitimidad, al tiempo que ponen barreras entre la ciudadanía y las riendas del poder. Eso se hace para contener las tendencias divisionistas de la democracia y para contener su propensión inherente a autodestruirse cuando las mayorías se convierten en una fuente de inestabilidad y opresión. Tal como he manifestado, una de esas barreras es el concepto de representación; la otra es la ley, con su sesgo formidable en favor de los derechos individuales y las expectativas sociales tradicionales, y con un cuerpo de jueces profesionales para administrarla que no tienen que rendir cuentas al electorado sobre sus decisiones. Estas dos barreras no son incompatibles, sino que pueden coexistir. Así ocurre, en mayor o menor medida, en casi todos los países. Pero debemos saber qué ley sirve para establecer los límites que favorecen la labor de controlar a las mayorías, y qué precio hay que pagar si lo hace con demasiado rigor. Los atractivos de la ley son obvios. Las personas que se dedican a la judicatura suelen ser inteligentes, reflexivas y elocuentes. Tienen honestidad intelectual y están habituadas a meditar con seriedad sobre problemas que no tienen una respuesta sencilla. En contra del tópico habitual, saben mucho sobre el mundo. El conjunto del proceso judicial está animado por una combinación de razonamiento abstracto, observación social y juicio de valor ético que mucha gente cree que introduce una moralidad más elevada en las decisiones públicas. ¿Por qué no aceptarlo? Como suele ocurrir con nuestra Constitución sobreentendida e infinitamente flexible, esta pregunta se ha ido respondiendo de manera sosegada antes de que llegara siquiera a formularse. Como los políticos han perdido su prestigio, los jueces no han dudado en mostrarse dispuestos a cubrir el vacío que aquellos dejan. El lema que lo justifica es «el imperio de la ley». Pero en el último medio siglo los

tribunales han desarrollado un concepto más amplio de lo que es el imperio de la ley, uno que va bastante más allá de su papel tradicional para dirimir disputas legales y que se adentra en las esferas de la política legislativa y gubernamental.

Los jueces siempre han hecho la ley. Para dirimir disputas entre litigantes deben rellenar lagunas y dar respuestas que no siempre se encuentran en las fuentes jurídicas existentes. Deben estar preparados para modificar las reglas creadas por la judicatura si están equivocadas, repetidas o desfasadas. La jurisprudencia, que se ha formado de manera natural con las decisiones de muchas generaciones de jueces, sigue siendo una de nuestras fuentes principales de derecho. Tradicionalmente esto ha ocurrido dentro de un marco existente de principio jurídico de legalidad, y sin que la judicatura traspasara sus límites ni asumiera las funciones del Parlamento ni del poder ejecutivo. Sin embargo, en las tres últimas décadas se ha producido un cambio de percepción en el ámbito judicial. Los tribunales han acabado compartiendo la desconfianza generalizada en el proceso político y el razonamiento político como elementos para la toma de decisiones públicas. Han desarrollado un concepto más amplio de lo que se conoce como el imperio de la ley, y con ello han expandido enormemente su papel constitucional. Han reclamado una autoridad más amplia para supervisar otros órganos del Estado. Se han abierto camino hacia una concepción del derecho fundamental que invalida los procedimientos ordinarios para la toma de decisiones políticas. Si usted asistiera a un recurso en el Tribunal Supremo británico sobre una cuestión relacionada con el derecho público, vería que además de los abogados de cada parte hay varios juristas que representan a los «intervinientes». Se trata de grupos de presión especializados en un tema con unos objetivos políticos muy concretos. A menudo son aspiraciones que no lograron que adoptara el Parlamento, pero que esperan imponer a través de los tribunales. Su presencia es sintomática de un cambio profundo en el papel constitucional de los tribunales. Por adaptar el famoso dicho del teórico militar prusiano Von Clausewitz sobre la guerra, diremos que la ley es ahora una mera continuación de la política por otros medios.

Los tribunales operan de acuerdo con un principio, no siempre reconocido

pero a menudo presente, que los juristas denominan el principio de legalidad. Probablemente se describa mejor como principio de legitimidad. Algunas cosas se consideran ilegítimas de por sí: por ejemplo, una ley con carácter retroactivo, la opresión de las personas, la obstrucción del acceso a los tribunales, actos contrarios al derecho internacional, etcétera. Esto no significa que el Parlamento no pueda ponerlas en práctica; significa que quienes proponen estas cosas deben manifestar con claridad qué están haciendo y afrontar la tensión política que ello genere. De otro modo, habría un riesgo demasiado elevado de que las consecuencias inaceptables de alguna propuesta poco detallada pasaran desapercibidas cuando el proyecto de ley se tramitara en el Parlamento. El principio de legitimidad es una técnica valiosa para precisar las verdaderas pretensiones del Parlamento, pero otorga un gran poder a los jueces. Los jueces deciden las normas con las que identificar como ilegítimas acciones concretas. Los jueces deciden qué lenguaje es lo bastante claro. Estos son conceptos flexibles; por lo común no existen principios legales precisos para definirlos. La respuesta depende de un juicio subjetivo en el que las opiniones y los valores personales de un juez pesan y a menudo resultan decisivos. Hay quien afirma que las opiniones y los valores personales de los jueces suelen ser benignos, y tal vez sea así a veces. Pero este supuesto no aborda la anomalía constitucional que se deriva de él. Si la judicatura reivindica el poder de otorgar efecto legal a sus opiniones y valores, ¿qué es eso sino la reclamación de poder político sin responsabilidad política?

Permítame ilustrar esta cuestión con dos decisiones recientes del Tribunal Supremo británico. Ambas concernían a un tema con el que los tribunales siempre se han mostrado sensibles, el de los intentos para limitar su propia autoridad. Casualmente, yo no participé en ninguna de las dos.

La primera guarda relación con las costas judiciales. Los tribunales laborales se crearon en el Reino Unido por ley parlamentaria para ofrecer un método económico e informal a los asalariados para exigir el cumplimiento de los derechos que les confieren sus estatutos. Hasta 2013 el acceso a ellos era gratuito. Pero aquel año el Gobierno fijó unas tasas elevadas que la gente con sueldos modestos no podía afrontar, no al menos sin hacer grandes sacrificios. El Gobierno disponía de un poder estatutario general para

imponer tasas. En 2017, el Tribunal Supremo dispuso que los términos en los que estaba redactada la ley no eran lo bastante claros para autorizar tasas tan elevadas que impidieran que muchos asalariados reclamaran sus derechos en los tribunales.[2] La decisión se ha criticado, pero creo que fue perfectamente ortodoxa. La ley debe tener cierto grado de coherencia. Los diputados que estudiaron la redacción del proyecto de ley cuando pasó por el Parlamento no sospecharon que el poder para imponer tasas al amparo de esta norma se usaría para recortar los derechos de los trabajadores amparados por otras leyes.

Quisiera desplazarme ahora al extremo opuesto. La ley del derecho a la información autoriza a la gente a consultar ciertas categorías de documentos en poder de organismos públicos, a menos que haya una razón de peso para su ocultación. La ley otorgaba a los tribunales el poder de ordenar su revelación, pero también concedía un veto a la administración si consideraban que su difusión era contraria al interés público y que estaba justificado que la decisión recayera en el Parlamento. En otras palabras, les permitía imponer una solución política en lugar de jurídica. El tribunal decidió que las cartas que el príncipe de Gales había enviado a ciertos ministros debían desvelarse a un periodista de *The Guardian*. Pero el fiscal general emitió un certificado conforme a lo dispuesto en la ley invalidando aquella decisión, sobre la base de que la revelación de aquellos documentos no era de interés público. El Tribunal Supremo, con una mayoría de 5 a 2, anuló la decisión del fiscal. El motivo que alegó esa mayoría, aunque disfrazado, fue que no aprobaba el poder que el Parlamento había otorgado para ello al consejo de ministros. Tres de los jueces pensaban que era tan mala idea, que no era posible que el Parlamento quisiera decir lo que realmente había dicho. Otros dos jueces admitían que el Parlamento quiso decir eso, pero opinaban que el fiscal general no tenía derecho a discrepar del tribunal. Yo, por mi parte, creo que no hay ninguna razón para impedir que una ley reconozca que, en una cuestión como esta, un miembro del Gobierno que responde ante el Parlamento es más apropiado para sopesar el interés general que un tribunal. Tal como señaló uno de los dos jueces discrepantes, «el imperio de la ley no equivale a decir que los tribunales siempre deben prevalecer con independencia de lo que diga la ley».[3]

Ningún otro caso actual revela con tanta claridad el amplio concepto del imperio de la ley que tienen los jueces. El hecho de si las cartas del príncipe de Gales deben mostrarse o no carece de importancia en sí mismo. Pero esta misma fórmula se ha aplicado de un modo más discreto a cuestiones sensibles de política social que importan mucho a la población general. Ejemplos de ello a lo largo del último medio siglo incluyen la educación, tarifas subvencionadas del transporte público, prestaciones de la seguridad social, el empleo de fondos para el desarrollo exterior, eximentes legales en casos de asesinato, la creación de encuestas públicas y muchos otros. Sobre inmigración y política penal, los tribunales han aplicado durante años valores propios que entran en conflicto con las políticas más duras adoptadas con un apoyo social firme por el Parlamento y por Gobiernos sucesivos. La reacción de la mayoría de la gente ante decisiones de este tipo depende de si está de acuerdo o no con el resultado. Pero debemos preocuparnos por la manera en que se toman nuestras decisiones, y no solo por sus efectos. Debemos plantearnos si son los tribunales el lugar donde deben resolverse diferencias de opinión sobre cuestiones que en realidad son políticas. Quizá la próxima vez no nos guste el procedimiento o el resultado. Mucha gente aplaude decisiones de los tribunales que ponen en un brete a las autoridades. A veces hacen bien en aplaudirlas, pero se paga un precio por resolver de este modo asuntos políticos que se pueden debatir. En primer lugar, está la pérdida de legitimidad democrática que ello implica. La verdadera función de los tribunales consiste en impedir que los Gobiernos se excedan o abusen de sus poderes legislativos. La decisión no es política, aunque tenga consecuencias políticas. Un buen ejemplo de la historia reciente es la decisión que tomó el Tribunal Supremo del Reino Unido en enero de 2017 de negar el poder del Gobierno para, al amparo del Artículo 50 del Tratado de la Unión, notificar la retirada de la Unión Europea sin autorización estatutaria. En general se creyó que el fallo de la Sala de Apelaciones *(Divisional Court)*, que había resuelto el caso del mismo modo que en primera instancia, se había guiado por supuestas objeciones de los jueces al Brexit. Y por ello recibieron un castigo memorable en los titulares de un periódico local («Enemigos del pueblo»). Pero, aunque la decisión tuvo una repercusión política considerable, fue la aplicación ordinaria de

una función que los tribunales ingleses han estado ejerciendo desde el siglo XVII. El resultado consistió en la aplicación ortodoxa de la vieja norma constitucional de que solo el Parlamento puede cambiar la ley.[4] Pero una cosa es que la judicatura mantenga a los Gobiernos dentro de sus competencias legales, y otra cosa muy distinta es permitir que burle las leyes parlamentarias que no le gustan o que revise decisiones políticas sobre las que el Gobierno rinde cuentas al Parlamento. Esto equivale a otorgar un poder discrecional inmenso sobre cuestiones que en realidad son políticas a un conjunto de personas sin ninguna responsabilidad política sobre sus actuaciones.

En el Reino Unido a los jueces los nombra una comisión no política desde el año 2006. Pero algunas personas defienden que deberían someterse a un control político antes de que su nombramiento fuera efectivo. El carácter político de buena parte de su labor tal vez vuelva ineludibles tarde o temprano estas demandas. En Estados Unidos el resultado ha sido el nombramiento de jueces por su identificación con unas posturas políticas conocidas. En el Reino Unido este cambio transformaría por completo la naturaleza del proceso judicial y desacreditaría a los jueces que intervienen en él.

La resolución por parte de los tribunales de cuestiones políticas también socavaría la única gran ventaja del proceso político, que consiste en conciliar los intereses y opiniones divergentes de los ciudadanos. Cierto es que la política no siempre realiza bien esta función, y puede que no lo esté haciendo bien en este momento. Ya he apuntado algunas razones para explicarlo, pero los jueces nunca serán capaces de hacerlo. Los procesos judiciales rara vez consiguen mediar para resolver diferencias. Son un juego de suma cero. Los vencedores se llevan el premio y los perdedores pagan el pato. Los litigios no son un proceso consultivo o participativo. Son apelaciones a la ley. La ley es racional. La ley es coherente. La ley tiene coherencia analítica y rigor. Pero en los asuntos públicos, estas características no siempre constituyen virtudes. La opacidad, la incoherencia y los rodeos tal vez sean impuros desde un punto de vista intelectual, y por eso no gustan a los juristas. Pero suelen ser inseparables del tipo de compromisos que debemos aceptar como sociedad para vivir juntos en paz.

[1] La Hansard Society, creada en 1944 por Stephen King-Hall, es una organización benéfica británica con gran tradición y peso en la defensa de la democracia parlamentaria. *(N. de la T.)*

[2] *R (on the application of Unison) v. Lord Chancellor* [2017] 3 WLR 409.

[3] *R (on the application of Evans) v. Attorney-General* [2015] AC 1787.

[4] *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2018] AC 61.

III. Derechos y torcidos humanos

La ley y la política confluyen en los derechos humanos, aunque en ocasiones sea una confluencia hostil. Hace unos años, el Primer Ministro británico habló en la Cámara de los Comunes y tildó de «atroz» un fallo reciente del Tribunal Supremo británico sobre derechos humanos. Ese mismo Primer Ministro declaró más tarde que otra decisión sobre derechos humanos lo puso «enfermo». «Que acabe ya esta locura con los derechos humanos», clamó el periódico *Daily Mail* sobre esa misma decisión. Son palabras gruesas. ¿A qué vino todo aquel jaleo?

Gran parte de la pasión política en torno a los derechos humanos se debe a un número reducido de casos atípicos sobre cuestiones que despiertan sentimientos exaltados en la opinión pública. Los ejemplos más notables incluyen la obstrucción de la extradición de presuntos delincuentes, la imposibilidad de deportar a inmigrantes ilegales o la rebaja de los efectos de la política penal nacional. Parte de este apasionamiento se debe a mala información y se basa en relatos parciales o engañosos de los hechos. La decisión del Tribunal Supremo que puso enfermo al señor Cameron guardaba relación con la ley que establece llevar un registro de agresores sexuales, la cual no contenía ninguna disposición para eliminar un nombre del registro en ninguna circunstancia ni en ningún momento. Lo único que hizo el tribunal fue declarar que cualquier persona incluida en ese registro tiene el derecho de salir de él si puede demostrar que ya no supone ningún riesgo real para la población.[1] En rigor se puede decir que un asunto de este tipo tiene la naturaleza propia de un tema legislativo, pero la decisión difícilmente justificaba el ataque que vino después. En el caso tal vez más controvertido de todos, un presunto terrorista, Abu Qatada, consiguió retrasar su extradición a Jordania durante once años con apelaciones sucesivas a los tribunales basándose en los derechos humanos. Su argumento era que en Jordania lo torturarían o que obtendrían pruebas en su contra torturando a otras personas. Esta habría sido una razón para

resistirse a la extradición incluso antes de la aprobación de la ley de derechos humanos. Cuesta imaginar que un país civilizado extraditara a alguien a un lugar donde sufriría tortura o se vería privado de un juicio justo. De hecho, Abu Qatada nunca fue perseguido por ningún delito en el Reino Unido y al final quedó absuelto de todos los cargos en Jordania.

El verdadero problema de la ley actual de derechos humanos tiene muy poco que ver con casos tan emotivos como este. Los derechos humanos plantean uno de los problemas más difíciles y fundamentales para cualquier democracia: ¿hasta qué punto es legítimo que las democracias creen un conjunto de leyes independientes de la voluntad democrática y que no puede ser derogado ni enmendado por parte de un órgano legislativo democrático? La controversia en torno a los derechos humanos en el Reino Unido se debe sobre todo a la inquietud que causa el hecho de que la ley de derechos humanos haya sobrepasado sus propios límites y haya empezado a invadir la esfera perteneciente a la política democrática. Soy consciente de que hay algunas ideas que uno duda en atacar por la clase de aliados que podamos atraer, pero se trata de un asunto demasiado importante para ignorarlo.

Los derechos humanos no son nada nuevo. La idea ya aparece en la ley romana y en la teología cristiana medieval. Hace un cuarto de milenio, William Blackstone, autor del primer estudio sistemático del derecho consuetudinario inglés, los denominó «derechos naturales». En su opinión, estaban reconocidos en la jurisprudencia porque pertenecen a los seres humanos por las leyes inmutables de la naturaleza. Los derechos naturales de Blackstone incluían muchos derechos que hoy en día se considerarían derechos humanos, como el derecho a la integridad física, a la propiedad, a no sufrir arrestos arbitrarios, y el derecho de acceso a los tribunales para exigir su cumplimiento. La idea que subyace es simple y de un atractivo innegable, y es que existen algunos derechos inalienables que disfrutan todos los seres humanos, no por la magnanimidad del Estado ni por la indulgencia de sus conciudadanos, sino porque son inherentes a su naturaleza humana. Este es el principio en el que se basa la teoría moderna de los derechos humanos. Sin embargo, hay algunos problemas sin resolver relacionados con ellos que, para ser sinceros, debemos admitir.

Decir que algunos derechos son inherentes a nuestra humanidad, sin mayor elaboración, no es, en realidad, más que retórica. No nos lleva a ninguna parte, a menos que haya alguna forma de identificar qué derechos son inherentes a nuestra humanidad y por qué. Esta es, en esencia, una cuestión de opinión. En una democracia, las diferencias de opinión sobre qué derechos deben existir se resuelven en la esfera política, a través de las leyes. En los últimos años, jueces ingleses han redescubierto las fuentes del derecho consuetudinario para los derechos humanos, y las han presentado como una alternativa y un referente autóctono para la protección del individuo. Esto supone un avance importante y valioso. Pero la debilidad de los derechos procedentes de la jurisprudencia radica en que no tienen garantía. Al igual que cualquier otra norma de la legislación nacional, pueden ser anulados por ley; por eso los defensores de la ley internacional de derechos humanos los consideran insuficientes. Temen que presiones populistas puedan dar lugar a medidas intolerantes y opresivas. Recelan de que las mayorías electorales acaben controlando el poder legislativo democrático. De ahí que afirmen que algunos derechos fundamentales deberían pertenecer a una categoría superior a la de las leyes ordinarias, para que no puedan derogarse con facilidad desde la política, aun contando con la autoridad de un Parlamento democrático.

En principio, las democracias pueden promulgar todos los derechos que deseen. El cometido de la ley de derechos humanos consiste en garantizar la existencia de ciertos derechos quieran o no las democracias. Sin embargo, para conseguirlo hay que identificar alguna fuente adicional de legitimidad para esos derechos, aparte de los deseos de la población. Tiene que ser alguna autoridad de peso independiente de los acuerdos colectivos con los que la gente se gobierna. En épocas más religiosas que la nuestra esto era perfectamente obvio; los derechos formaban parte de la ley moral, decretada por Dios. En un Estado totalitario también está claro: los derechos, si es que existen, vienen determinados por el grupo dirigente de acuerdo con su ideología. Pero en una democracia laica, ¿qué es lo que legitima los derechos, si no lo hacen las decisiones de los órganos representativos? ¿Cuál es la fuente que, con independencia del respaldo popular, nos permite identificar algunos derechos como algo tan fundamental que no debe

eliminarse ni restringirse por decisión política?

Los derechos no existen en un vacío. Son una creación de la ley, que es producto de la organización social y, por tanto, necesariamente una cuestión de elección política. También son reivindicaciones contrarias a la sociedad que, por esta razón, reclaman cierto grado de consenso social. Así que, cuando hablamos de que algunos derechos son inherentes a nuestra humanidad, en realidad no estamos diciendo nada sobre la naturaleza de la humanidad. Estamos emitiendo el juicio moral personal de que las comunidades humanas deben adoptar algunos derechos porque son tan fundamentales para sus valores y cuentan con una aceptación tan amplia que deben estar por encima del debate político legítimo. Casi todos creemos que algunos derechos caen dentro de esa categoría, pero la idea solo funciona si los derechos en cuestión son verdaderamente esenciales y cuentan con una aceptación generalizada. Si queda espacio para que gente razonable no esté de acuerdo con ellos, entonces se necesita un proceso político para resolver el desacuerdo. En tal caso no podemos situarnos por encima del debate político legítimo, salvo en un Estado totalitario.

Es probable que solo haya dos categorías de derechos verdaderamente fundamentales que cuenten con una aceptación generalizada de este tipo. En primer lugar, están los derechos que son fundamentales porque sin ellos no sería posible la convivencia social. Si no estamos libres de detenciones, lesiones físicas o muertes arbitrarias, si no hay igualdad ante la ley ni posibilidad de recurrir a tribunales de justicia imparciales e independientes, la vida no sería más que una batalla encarnizada resuelta por la fuerza. En segundo lugar, hay derechos sin los cuales una comunidad no puede funcionar como democracia. Así que tiene que haber al menos libertad de pensamiento y de expresión, de reunión y asociación, y derecho a participar en elecciones imparciales y regulares en pie de igualdad con el resto. Por supuesto, las democracias deben ofrecer muchos más derechos que estos, pero deben brindarlos a través de una decisión política colectiva, no porque se consideren inherentes a nuestra humanidad o derivados de alguna ley primordial. Y deberían estar abiertos a su anulación o restricción en caso de competir con intereses públicos considerados más importantes por las instituciones que nos representan.

En la actualidad, la fuente principal de derechos humanos en el Reino Unido es un tratado internacional: la Convención Europea de Derechos Humanos. Gran parte de la ley del país se basa en tratados internacionales, tal vez más de lo que la gente cree. Pero los tratados tienen formas y dimensiones diversas. Algunos de ellos abordan problemas prácticos que solo se pueden resolver de manera efectiva en el ámbito internacional: por ejemplo, el de la seguridad de embarcaciones y aeronaves o la insolvencia de empresas multinacionales. Otros se refieren a actividades humanas que suponen una afrenta tan grave para la civilización que todos los Estados deben adoptar una postura común frente a ellas, como la tortura o el genocidio. Un principio básico de la ley constitucional británica es que los tratados internacionales no tienen efecto alguno sobre los derechos u obligaciones legales de la población sin una ley del Parlamento. En teoría, esto significa que el Parlamento siempre tiene la última palabra sobre los contenidos de la ley, incluso cuando esta proviene de un tratado. Sin embargo, hay una categoría de tratados que escapa en gran medida del control parlamentario, a los que llamaré tratados dinámicos. Un tratado dinámico es aquel que no solo dice cómo debería ser la ley interna de un país, sino que también ofrece un mecanismo supranacional para modificarla y desarrollarla en el futuro. El resultado es la transferencia de un poder legislativo esencial a un órgano internacional situado fuera del marco constitucional del Reino Unido; en otras palabras, fuera del mecanismo colectivo mediante el cual aprobamos las leyes que nos rigen. Los tratados dinámicos más relevantes, con diferencia, que afectan al Reino Unido son la Convención de Derechos Humanos y los tratados que constituyen la Unión Europea.

La Unión Europea es un sistema de soberanía compartida. Los Estados miembros transfieren el poder para la toma de decisiones sobre aspectos importantes de su vida nacional a las instituciones de la Unión Europea, que incluyen una Comisión Europea, un Tribunal Europeo y un Parlamento Europeo con representación de cada Estado. Lo hacen porque en algunos ámbitos la actuación colectiva de un conjunto de Estados es más eficaz que las actuaciones de cada uno de ellos por separado. Este sistema no difiere mucho del principio por el cual las trece colonias de América del Norte se

unieron para formar los Estados Unidos de América en 1787. Implica una pérdida parcial de autonomía nacional. También traslada la toma de decisiones a un nivel más remoto en el que el sentimiento de solidaridad nacional es más débil, la gestión burocrática es menos sensible y la rendición de cuentas democráticas es, en el mejor de los casos, indirecta. Y puede ser, o no, que valga la pena pagar ese precio por disfrutar de sus ventajas, pero esa es otra cuestión. La Convención de Derechos Humanos es algo muy distinto, no tiene nada que ver con la Unión Europea. Se elaboró después de la Segunda Guerra Mundial, tras la ominosa sombra que dejaron la Gestapo y los campos de concentración del Tercer Reich. Entre sus redactores figuraron eminentes juristas británicos imbuidos de la tradición consuetudinaria y cuya influencia se percibe en cada página. Fue adoptada por 47 Estados del Consejo de Europa, muchos de los cuales no son miembros de la Unión Europea. La Convención de Derechos Humanos no es un régimen de soberanía compartida, sino un código jurídico internacional. Para quienes creen que esos derechos fundamentales deberían existir con independencia de la voluntad democrática, los tratados sobre derechos humanos tienen un atractivo obvio: crean una fuente jurídica que no depende de procesos nacionales para la toma de decisiones.

La ley de derechos humanos de 1998, que entró en vigor en el año 2000, hace efectiva la Convención de los Derechos Humanos dentro de la ley británica. Faculta a los tribunales nacionales para derogar cualquier norma consuetudinaria, regulación o decisión gubernamental que se considere incompatible con la Convención. Esto exige que los tribunales apliquen principios interpretativos sólidos a determinados estatutos con la finalidad de adaptarlos a la Convención. Lo hacen incluso cuando el resultado es incompatible con una lectura natural del texto legal o con cualquier intención que se le pueda atribuir de forma razonable al legislador. Si no es posible una interpretación sólida de este tipo, entonces una ley del Parlamento se puede declarar incompatible con la Convención, lo que se convierte en señal para que el Parlamento la derogue o la enmiende. Un detalle crucial es que la ley de derechos humanos exige que los tribunales británicos tengan en cuenta las disposiciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el tribunal internacional creado en Estrasburgo para

interpretar la Convención. El Tribunal de Estrasburgo genera ley a un ritmo prodigioso: a lo largo de sus seis décadas de historia, ha dictado unas 21.600 sentencias. El rendimiento anual del Tribunal ha experimentado un aumento exponencial en las últimas dos décadas; a finales de 2018 había más de 56.000 casos a la espera de una resolución en Estrasburgo. Muy pocos de ellos fueron contra el Reino Unido; de hecho, el Reino Unido es uno de los países de la Convención con mejores referencias: solo ha protagonizado en torno a un 2 % de los casos en los que se ha dictaminado una violación de la Convención. Sin embargo, los tribunales británicos deben tener en cuenta el conjunto completo de la jurisprudencia de Estrasburgo, ya fuera el Reino Unido parte de él o no. En teoría, los tribunales británicos podrían rechazar decisiones tomadas por el Tribunal de Estrasburgo. En casos raros lo hacen, y a veces Estrasburgo modifica su postura como respuesta. Pero el desafío no es una opción real si Estrasburgo persevera; eso implicaría una vulneración de la ley internacional por parte del Reino Unido, algo que los tribunales del país deben evitar siempre que sea posible de acuerdo con un viejo principio constitucional.

La ley de derechos humanos se ha descrito como un estatuto «constitucional». No es una fuente jurídica suprema que prevalezca sobre todas las demás de la forma en que lo es, por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos de América. El Parlamento podría revocarla con una mayoría de un solo voto en cada Cámara. Pero la descripción es clara en un sentido algo más laxo: según la ley, la Convención prevalece sobre cualquier fuente de derecho distinta de los estatutos parlamentarios, y requiere que los tribunales modifiquen el funcionamiento incluso de los estatutos parlamentarios. Mientras la ley permanezca vigente, somete al Reino Unido a un sistema dinámico de ley cuyo desarrollo compete a un tribunal completamente ajeno a sus propias instituciones políticas. A diferencia de la legislación de la Unión Europea, el Reino Unido no tiene ninguna influencia política en este proceso. La Convención y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo crean un conjunto de normas que no se pueden derogar ni enmendar desde el Parlamento británico a menos que se marche por completo del tratado. Esta ley ha estado con los británicos durante menos de veinte años, pero en ese espacio tan breve de tiempo ha tenido efectos

transformadores en las leyes británicas. En ciertos aspectos han sido positivos: la ley ha velado por los intereses de grupos vulnerables, sin un apoyo natural relevante entre el electorado o la prensa. Ha impuesto valores más humanos e inclusivos en el Gobierno y autoridades. Ha obligado a los responsables de la toma de decisiones a oír las objeciones de personas cuyos intereses se ven afectados negativamente, y a brindar una justificación coherente y objetiva de sus decisiones. Sin embargo, todas estas ventajas se pueden conseguir a través de leyes internas sin necesidad de recurrir a un tratado internacional.

El pueblo británico suele ser reacio a que los extranjeros le digan lo que tiene que hacer, una postura considerada a menudo como nacionalismo insular. Pero el motivo principal de inquietud, al menos entre los críticos más reflexivos de la ley de derechos humanos, no tiene nada que ver con prejuicios nacionales, sino con la repercusión que han tenido la Convención Europea y el Tribunal de Derechos Humanos en la forma en que se legisla en esta sociedad. La Convención se concibió en un primer momento como una declaración parcial de derechos considerados universalmente como fundamentales: nada de tortura, nada de muertes o encarcelamientos arbitrarios, libertad de pensamiento y expresión, garantías procesales, etcétera. En su origen no se diseñó como un tratado dinámico. Fue el Tribunal de Estrasburgo quien la transformó en un tratado dinámico en el curso de sus dos primeras décadas de existencia. Su doctrina ha sido que la Convención es lo que él mismo denomina un «instrumento vivo». El tribunal lo amplía mediante un proceso de extrapolación o analogía, de manera que refleje su propia concepción de qué derechos adicionales debería haber en una democracia moderna. Claro que, por supuesto, el Tribunal no tendría necesidad de hacerlo si esos derechos adicionales ya constaran en el tratado. Solo se hace necesario recurrir a la doctrina del instrumento vivo para proclamar derechos que no figuran en la Convención. Se puede decir que es inevitable cierta ampliación del texto cuando se aplica a casos concretos una declaración de principios abstracta. Además, algunos conceptos que figuran en la Convención, como la noción de un trato «inhumano o denigrante», sencillamente evolucionan con el tiempo por los cambios que experimentan los valores colectivos. Pero el Tribunal de

Estrasburgo ha ido mucho más lejos que todo eso.

El Artículo 8 de la Convención tal vez sea el ejemplo más llamativo de este tipo de ampliación. El Artículo 8 protege el derecho humano a la vida privada y familiar, la privacidad del hogar y de la correspondencia personal. Se pensó para proteger a la ciudadanía de la vigilancia del Estado en regímenes totalitarios. Pero el Tribunal de Estrasburgo lo ha ampliado para crear lo que él denomina un «principio de autonomía personal». De acuerdo con este principio, ha ampliado el Artículo 8 de tal modo que en teoría se extiende a todo lo que se entromete en la autonomía de un individuo. Una ampliación similar se produjo en los tribunales de Estados Unidos en relación con el derecho a la libertad que otorga la Decimocuarta Enmienda. Es obvio que la mayoría de las leyes persiguen en cierta medida inmiscuirse en la autonomía personal, puesto que imponen normas de comportamiento que la gente no siempre aceptaría de manera voluntaria. Esto puede ilustrarse a través de la gran variedad de asuntos que el Tribunal de Estrasburgo ha considerado cubiertos mediante el Artículo 8. Incluyen la situación legal de los hijos ilegítimos, la inmigración y la deportación, la extradición, las sentencias penales, el registro de delitos, el aborto, la inseminación artificial, la homosexualidad y las uniones entre personas del mismo sexo, el secuestro infantil, la supervisión de manifestaciones públicas, los derechos laborales y sociales, la asistencia legal, el medioambiente, la reducción del ruido, desahucios por impagos y mucho más. Todos estos temas se han incluido dentro de la protección de la vida privada y familiar. Ninguno de ellos figura en el texto de la Convención. Ninguno de ellos deriva de manera natural de los términos recogidos en ella. Ninguno de ellos se ha acordado entre los Estados firmantes. Todos son ampliaciones del texto basadas en la única autoridad de los jueces del Tribunal de Estrasburgo. En realidad, se trata de una forma de legislación no consensuada.

La ley surgida mediante este sistema se aplica por parte del Tribunal de Estrasburgo en los 47 países que han firmado la Convención, con concesiones muy limitadas a las diferencias entre sus valores morales, su cultura política o sus tradiciones institucionales. De hecho, como resultado de una serie de decisiones controvertidas del Tribunal, algunas partes de la

ley se han aplicado durante operaciones militares realizadas por países de la Convención en Estados no pertenecientes a ella, como Irak y Afganistán, para los que la Convención no fue diseñada en su día y a los cuales se adapta mal. Pero lo necesario para proteger los derechos humanos no tiene por qué ser lo mismo en todas partes; en buena medida depende de la solidez de la cultura política y administrativa de un país. No se dan los mismos problemas prácticos en un país liberado recientemente de medio siglo de gobierno autocrático por parte de un partido único, o en un país en los estertores de una guerra religiosa cruenta, que en un país como el Reino Unido, de tradiciones firmes y una experiencia dilatada en el Estado de derecho.

No estoy satisfecho con nuestro historial de derechos humanos. El Reino Unido tiene una fuerte tradición libertaria. Cuando nos hemos apartado de nuestros propios estándares por lo común ha sido porque había buenas razones para ello. Pero hemos hecho algunas cosas moral y políticamente indefendibles. A lo largo de mi vida, por ejemplo, el Parlamento ha respondido en dos ocasiones a la violencia política autorizando encarcelamientos sin juicio previo en tiempos de paz. De modo que no tengo ningún problema con la idea de que un tribunal internacional actúe como órgano de control externo. Pero la mayoría de los derechos que añadió el Tribunal de Estrasburgo a nuestra ley son bastante inadecuados para formar parte de cualquier instrumento de derechos humanos; son polémicos y se apartan de lo fundamental. Esto ha hecho que la Convención pasara de ser una expresión de valores nobles, y casi universales, a transformarse en algo más perverso. Se ha convertido en un modelo con el que cotejar la mayoría de los aspectos del ordenamiento jurídico interno ordinario, incluidos algunos muy discutibles. El resultado es la devaluación del concepto íntegro de derechos humanos universales.

Mucha gente opinará que al menos algunos de los derechos adicionales inventados por el Tribunal de Estrasburgo deben existir; yo mismo lo creo así. Pero la verdadera cuestión es si la decisión de crearlos les corresponde a los jueces. Los jueces existen para aplicar la ley, pero es la ciudadanía y sus representantes quienes deciden cómo debe ser la ley. Muchas de las cuestiones planteadas por la Convención no son ni siquiera asuntos entre el

Estado y el individuo, sino asuntos entre grupos distintos de ciudadanos. Esto se da sobre todo con temas sociales o morales importantes, como el aborto, la investigación con tejidos fetales o el suicidio asistido, sobre los que existen opiniones encontradas. En una democracia lo adecuado es resolver estas discrepancias a través del proceso político. Si yo digo que deberíamos reconocer un derecho humano en determinados casos para que no se desahucie de viviendas de protección oficial a quien no pague el alquiler, y usted defiende que quien incumple su parte de un acuerdo no debe tener tal derecho, entonces la única alternativa que queda para una resolución política de nuestras diferencias es invitar a los jueces a legislar. El principal problema de la ley de derechos humanos actual es que lo hace con demasiada facilidad. Transforma temas políticos controvertidos en asuntos de ley para los tribunales, privando de este modo al proceso político de poderes cruciales para la toma de decisiones. Esto es difícil de justificar, puesto que este proceso es el único método que permite la participación de la ciudadanía en su conjunto, aunque sea de forma indirecta, en la configuración de la ley. Si vamos a manejar los derechos humanos fundamentales con unas consecuencias tan radicales, habrá que tener una idea muy clara sobre qué es en realidad un derecho humano fundamental. En particular, habrá que distinguir un derecho humano fundamental de cualquier otra cosa que no sea más que una buena idea. A menudo se señala que el Parlamento autorizó esta forma de legislar cuando aprobó la ley de derechos humanos, y, desde luego, así fue. Es más: cuando lo hizo, en 1998, ya se vislumbraban las tendencias expansivas del Tribunal de Estrasburgo. Pero no todo lo que hace un Parlamento democrático es coherente con una constitución democrática. El Parlamento podría abolir elecciones. Podría prohibir partidos de la oposición. Podría prohibir que se criticase la política del gobierno, podría transferir sus poderes a un dictador, tal como hicieron el Parlamento alemán en 1933 y el francés en 1940. Decisiones de este tipo contarían con la autoridad de un Parlamento democrático, pero difícilmente serían democráticas. Por tanto, el hecho de que el Parlamento haya incorporado la Convención en nuestra legislación no nos exime de la necesidad de considerar las implicaciones que tiene para nuestra democracia.

El problema se aprecia con absoluta claridad en decisiones sobre los derechos limitados de la Convención. La mayoría de los derechos de la Convención son limitados: están sujetos a excepciones en caso de que una interferencia con un derecho en cuestión se considere «necesaria en una sociedad democrática» por algún propósito legítimo. Según la Convención, estos propósitos legítimos incluyen la prevención de delitos, la protección de la salud pública, el bienestar económico de la sociedad y una serie de intereses generales adicionales importantes. Si una medida nacional interfiere con un derecho limitado, los tribunales pueden preguntarse si la interferencia tiene un propósito legítimo y, en tal caso, si ese propósito es lo bastante relevante para justificar la interferencia. Por último, tal como sostuvo el Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores en 2007, la Convención exige la persecución de «un equilibrio justo entre los derechos del individuo y los intereses de la comunidad».[2] El Tribunal de Estrasburgo tiende a ofrecer un margen amplio a los derechos limitados de la Convención, tal como hemos visto en el Artículo 8, y lo hace precisamente para exigir que haya que justificar ante el Tribunal cada vez más medidas legislativas y gubernamentales. El resultado es que la mayoría de las disputas judiciales sobre la Convención de Derechos Humanos no versa sobre la existencia de los derechos en cuestión, sino sobre el funcionamiento de las excepciones y restricciones. Esto agrava el problema del papel de los jueces en una democracia. ¿Quién decide qué es necesario en una sociedad democrática? ¿O qué propósitos son legítimos? ¿O qué se necesita para prevenir las acciones delictivas, para garantizar la salud pública o el bienestar económico de la sociedad? ¿Y qué es un equilibrio justo entre el individuo y la comunidad? Todas estas son cuestiones con gran carga política, y, sin embargo, la Convención las reclasifica como asuntos de ley, lo que las aparta del terreno de la toma de decisiones democrática y las traslada a los tribunales nacionales e internacionales.

Los tribunales nacionales han expresado en ocasiones sorpresa y consternación ante decisiones procedentes de Estrasburgo. Pero sus propios instintos legisladores son, como mínimo, igual de intensos. En el capítulo anterior hablé de la creciente propensión de los jueces británicos a desafiar políticas que subyacen a las decisiones legislativas y gubernamentales. La ley

de derechos humanos ha puesto en sus manos una herramienta poderosa para hacerlo en una variedad muy amplia de temas.

En 2014 el Tribunal Supremo británico tuvo que vérselas con una de las cuestiones morales más sensibles y controvertidas de nuestro tiempo: el suicidio asistido para pacientes con enfermedades terminales. La sociedad está dividida sobre este asunto. ¿Qué valor tiene la vida cuando se pierde la posibilidad de disfrutarla? ¿Permite la autonomía humana que un individuo tenga derecho a recibir ayuda para matarse? ¿Siempre o solo a veces? ¿Son asuntos que atañen únicamente al paciente o también incumben a la sociedad? El Tribunal de Estrasburgo había defendido previamente que todo este tema es demasiado sensible cultural y políticamente para permitir una sola respuesta paneuropea. Cada Estado de la Convención tendría que tomar una decisión de acuerdo con sus valores particulares. La cuestión principal para el Tribunal Supremo británico era «¿Quién debe decidir en el Reino Unido: el Parlamento o los tribunales?». El Parlamento ya había emitido la respuesta británica: la ley del suicidio de 1961 establece que ayudar a alguien a quitarse la vida es un delito. El Parlamento ha considerado propuestas para cambiar la ley en varias ocasiones, pero siempre ha decidido en contra. Sin embargo, cinco de los nueve jueces del tribunal de apelaciones pensaron que la decisión correspondía en última instancia a los tribunales. Dos de esos cinco declararon que la ley del suicidio es incompatible con la Convención; los otros tres decidieron no hacerlo, pero solo porque sería prematuro antes de que el Parlamento hubiera estudiado la materia. Uno de esos tres amenazó incluso con que, a menos que el Parlamento «resolviera de manera satisfactoria» el asunto, los tribunales tendrían que decidir por él. Si esta amenaza significaba algo era que los tribunales deberían estar dispuestos a asumir poderes legislativos en sustitución de la asamblea legislativa si no les satisficiera la respuesta del legislativo.[3] No soy el único que cuestiona la pertinencia constitucional de todo esto. La interpretación de la ley del suicidio es un asunto legal, pero si la ley existente del suicidio es buena o mala no es un asunto legal, sino de política legislativa y, en última instancia, de criterio moral y político. Yo fui uno de los que opinaron que era un tema para el Parlamento en toda su extensión; consideraba que en un asunto como este mi opinión personal no

tenía mayor peso por el hecho de ser juez que la de cualquier otro ciudadano, y sigo creyéndolo así.

Existe un grupo amplio de opinión judicial y académica que justifica esta idea mayoritaria sobre la base de que los jueces sencillamente legislan mejor que el Parlamento. Tal vez sea así, aunque el registro histórico es ambivalente. Pero para imponer una ley no basta con que sea «buena» o «mejor». En una democracia la ley debe «pertenecer» de alguna manera al pueblo. La ley debe contar con la legitimidad que solo puede otorgar algún tipo de proceso de consentimiento. La dificultad estriba en que por lo común no hay criterios concluyentes para decidir qué es una «buena» ley. Tal vez yo considere nefasto un principio que a usted le parece admirabilísimo. Quizá nuestras diferencias no se puedan dirimir con criterios objetivos; podrían deberse al hecho de que partamos de consideraciones morales o políticas distintas. Veamos un ejemplo concreto para ilustrarlo, extraído de una decisión reciente del Tribunal Supremo británico. En el año 2018 este tribunal tuvo que estudiar la prohibición legal del aborto en Irlanda del Norte. No pretendo defender la prohibición, derogada hace mucho tiempo en el resto del Reino Unido. En este momento no me interesan sus virtudes, sino tan solo mediante qué proceso deberían decidirse sus ventajas en Irlanda del Norte. La cuestión que se debatía era la compatibilidad de esta ley con el Artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos. En particular, con la excepción del Artículo 8 sobre medidas «necesarias en una sociedad democrática […] para la protección de la salud o la moral». La presidenta del tribunal (que habló en su propio nombre, puesto que el tribunal se mostró dividido) opinó que no había que otorgar ninguna relevancia en absoluto a la «decisión democrática de la Asamblea de Irlanda del Norte», la cual había decidido en contra de la modificación de la ley. Ella justificó su punto de vista señalando que los tribunales están tan bien cualificados para decidir estas cuestiones como el legislativo. «De hecho, en ciertos aspectos, los tribunales podrían considerarse mejor cualificados, puesto que tienen la capacidad de sopesar los hechos, la materia legal y las alegaciones de un modo desapasionado, sin las presiones externas a las que pueden estar sujetos los legisladores».[4] Esta es una manifestación especialmente interesante de una opinión generalizada entre

los juristas, pero rara vez expresada con tanta franqueza. El problema de esta opinión es que trata la política legislativa de la sociedad como una cuestión puramente técnica, un asunto probatorio y un argumento forense. Lo cierto es que el aborto no es una cuestión técnica, sino un problema profundamente moral entre distintos grupos de opinión de Irlanda del Norte. Tienen criterios opuestos sobre la importancia relativa de la autonomía personal de la mujer y la defensa de la vida de un nonato. No hay ninguna duda sobre cuál es la ley; el tema es cuál debería ser. Y esta es una cuestión intrínsecamente legislativa, que requiere una resolución política. Sin embargo, el razonamiento de la presidenta del tribunal no deja espacio alguno a los valores morales colectivos, ni tan siquiera a valores morales distintos de los de los jueces. La voluntad democrática y la sensibilidad parlamentaria quedan relegadas al estatus de meras «presiones externas», como si hubiera algo malo en que las leyes estén influidas por la opinión pública.

Las decisiones judiciales no son monolíticas ni inamovibles. A lo largo de los diez últimos años, el Tribunal de Estrasburgo se ha vuelto sin ninguna duda algo más sensible a las consecuencias políticas de sus decisiones y menos agresivo con la ampliación de los derechos de la Convención. También los jueces británicos han dado muestras de que se retractan de algunas de las actitudes que adoptaron hace unos años, sobre el suicidio asistido entre otras cosas. Mi visión particular es que un cambio sustancial de enfoque jurídico sería mucho más preferible a la única alternativa realista, que es retirarse de la Convención y reemplazarla por un instrumento puramente nacional que deje la última palabra al Parlamento. Queda por ver si ocurrirá alguna de estas cosas. Mientras, tanto en el Tribunal de Estrasburgo como en los tribunales británicos la idoneidad de las decisiones legislativas y gubernamentales sobre cuestiones que caen dentro del amplio alcance de la Convención seguirá tratándose como un asunto de ley y, por tanto, seguirá sujeta a la decisión de los tribunales. Desde luego, las opiniones del Parlamento serán un factor a tener en cuenta en ocasiones, pero nada más que eso y solo en ocasiones. La importancia que le den los tribunales a esas opiniones dependerá del juicio de valor judicial.

El mensaje implícito es que ni tan siquiera en una democracia estos temas competen, en última instancia, a los representantes del conjunto general de los ciudadanos. De tanto en tanto, el Tribunal de Estrasburgo lo ha expresado en voz alta. En dos ocasiones ha declarado que la ley británica que impide votar a los reclusos que cumplen condena es incompatible con la Convención. Lo interesante de estas decisiones es la manera en que el tribunal manejó el hecho de que la norma fuera promulgada por el Parlamento. En su primera decisión, en el año 2005, Estrasburgo dijo que el Parlamento no pensó como es debido sobre las consecuencias de la norma en el terreno de los derechos humanos.[5] En la segunda, no pudo decir eso porque para entonces la Cámara de los Comunes había debatido la decisión de 2005 y se había reafirmado en su idea original. De modo que Estrasburgo se limitó a declarar que era una cuestión de derecho, y en absoluto dependiente del Parlamento.[6] Hay una ironía obvia en la negación de la autoridad parlamentaria por parte del Tribunal de Estrasburgo en nombre de la legitimidad democrática.

Pero esta ironía nos acerca al meollo de la cuestión. Nos hallamos ante dos concepciones rivales de la democracia: una contempla la democracia como un mecanismo constitucional para alcanzar decisiones colectivas y conciliar desavenencias, mientras que la otra la considera un sistema de valores. Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, los Estados comunistas autocráticos creados más o menos a la fuerza por la Unión Soviética en el este de Europa se apropiaron de la etiqueta democrática, tal como sucedió con la República Democrática Alemana. Con ese apelativo aludían a un sistema basado en una serie de valores donde el comunismo se consideraba intrínsecamente democrático, aunque no estuviera elegido ni necesariamente apoyado por el pueblo, y ni tan siquiera abierto a un debate interno significativo. Los valores del Tribunal de Estrasburgo son, por supuesto, muy distintos de los de las dictaduras de posguerra en el este de Europa, pero tienen algo en común: el empleo del concepto de democracia como término genérico para autorizar una serie de valores políticos. Las decisiones de los representantes electos solo son legítimas dentro de los límites que permiten esos valores. *Democracia* es un término con una resonancia emocional intensa; todo el mundo quiere apropiarse de él para etiquetar sus posturas preferidas. Es

especialmente difícil que la gente admita que una democracia verdadera puede defender, en ocasiones, políticas nada tolerantes, de modo que distorsionamos el lenguaje no para engañar, sino para evitar enfrentarnos a dilemas incómodos.

No se trata tan solo de una cuestión semántica. La democracia en su sentido tradicional es un invento frágil: es vulnerable a la idea de que los valores personales de cada cual son tan apremiantes y correctos que no importan los medios utilizados para ponerlos en práctica. Esta es una de las razones por las que existe tan solo en la mitad de los Estados del mundo, y hasta en esos Estados es bastante reciente y sus premisas básicas se ven comprometidas por los defensores de diversos sistemas basados en valores. Uno de ellos es un sistema de toma de decisiones basado en la ley que consolidaría un abanico amplio de principios liberales como la base constitucional del Estado. La voluntad democrática no tendría capacidad para eliminarlos o limitarlos sin la autorización de los tribunales de justicia. Es un modelo en el que creen con fervor muchos juristas; tanto es así que les resulta realmente difícil comprender que pueda haber alguna objeción legítima al mismo, incluso por parte de gente con ideas liberales. La objeción es que la propuesta de elevar ciertos valores liberales a la privilegiada categoría constitucional no difiere conceptualmente de reivindicaciones similares por parte del comunismo, el fascismo, el monarquismo, el catolicismo, el islamismo y todos los demás grandes «-ismos» que han reclamado a lo largo de la historia el monopolio del discurso político legítimo basándose en que sus defensores consideraban que estos valores eran claramente atinados. Pero también son posibles otros modelos. Podemos creer en derechos sin necesidad de eliminarlos del terreno democrático, para situarlos bajo la jurisdicción exclusiva de una casta sacerdotal de jueces. Podemos creer que nuestros conciudadanos deben elegir valores liberales sin querer imponerlos.

---

[1] *R (F* [un niño] *v. Secretary of State for the Home Department (Lord Advocate and another intervening)* [2011] 1 AC 331.

[2] *Huang v. Secretary of State for the Home Department* [2007] 2 AC 167, at para. 19.

[3] *R (Nicklinson) v. Ministry of Justice* [2015] AC 657.

[4] *Re Northern Ireland Human Rights Commission's Application for Judicial Review* [2019] 1 All ER

173, at [38].

[5] *Hirst v. United Kingdom* (No 2) (2005) 42 EHRR 849.

[6] *Scoppola v. Italy* (No 3) (2012) 56 EHRR 663.

IV. Enseñanzas de América

Cuando el politólogo francés Alexis de Tocqueville visitó Estados Unidos en la década de 1830, una de las cosas que más le chocó fue el lugar dominante que ocupaban los juristas en la vida pública de la nación. En su obra clásica sobre la temprana democracia estadounidense, De Tocqueville escribía que los letrados, como clase, habían heredado las creencias y la influencia de la vieja aristocracia terrateniente. Tenían sus mismas costumbres y gustos y, sobre todo, su mismo desprecio por la opinión popular.

> Cuanto más se reflexiona sobre todo lo que sucede en Estados Unidos, más se aprecia que los juristas, como colectivo, constituyen el contrapeso más poderoso, cuando no el único, al elemento democrático de la Constitución. […] No hay casi ninguna cuestión política en Estados Unidos que no se acabe convirtiendo en un asunto judicial.

De Tocqueville solo conocía un país más donde la elite jurídica ejerciera un influjo comparable en los asuntos públicos, y ese país era el Reino Unido. Si De Tocqueville redactara una nueva edición con un análisis de la situación actual probablemente diría lo mismo.

¿Por qué creemos en la democracia o creemos hacerlo? ¿Cuáles son los límites adecuados para la decisión democrática? ¿Qué derechos debería proteger una constitución democrática, incluso en contra de la voluntad del pueblo? Cuando los británicos debaten sobre estas cuestiones, suelen volver la vista hacia Estados Unidos, unas veces para inspirarse, otras a modo de advertencia. Pero, a pesar de la gran similitud entre ambas visiones políticas, la tradición constitucional estadounidense se sitúa en el polo opuesto a la británica. En esencia, la diferencia estriba en dos modelos de Estado: un modelo jurídico y otro político. La Constitución de Estados Unidos es la constitución jurídica por antonomasia. El Reino Unido, en cambio, ha sido históricamente el arquetipo de Estado político. En ambos países, al igual que en gran parte de Europa, hemos presenciado una marea creciente de

hostilidad hacia la política representativa a lo largo de las últimas tres décadas. Esto ha ido acompañado, evidentemente, del aumento del interés por el modelo jurídico. Estados Unidos no es, por supuesto, su único representante; casi todas las constituciones del mundo han adoptado el modelo jurídico, y la mayoría de ellas ha estado muy influida por el prototipo estadounidense. Las constituciones no son meros documentos formales; contienen costumbres y posiciones forjadas a lo largo de muchos años para tornarlas practicables. Es incluso más difícil copiar esas costumbres y posiciones que crear una constitución nueva. Pero en un momento en el que muchos jueces británicos avanzan despacio hacia un concepto propio de ley fundamental, vale la pena analizar la experiencia de Estados Unidos, ya que el modelo jurídico plantea dilemas a las democracias en los que Estados Unidos posee una experiencia más larga y diversa que ningún otro país.

El objeto principal de cualquier constitución consiste en procurar un marco de normas políticas para la toma de decisiones colectivas. En su forma original de 1787, la Constitución de Estados Unidos casi no hacía nada más. La protección de derechos llegó más tarde, con las diez enmiendas de 1791 que juntas constituyen la Carta de Derechos. Doce años después, en 1803, llegó la decisión con el caso de *Marbury v. Madison,* que dictaminó que el Tribunal Supremo tiene poder para anular leyes del Congreso consideradas inconstitucionales.[1] De modo que a comienzos del siglo XIX la Constitución de Estados Unidos ya había adquirido los tres rasgos básicos que acabarían conformando la seña de identidad de cualquier constitución jurídica. En primer lugar, hay un código escrito de derechos que prevalece sobre cualquier otra ley. En segundo lugar, está libre de enmiendas políticas, salvo mediante algún procedimiento extraordinario. En Estados Unidos deben ratificarlo tres cuartas partes de los estados federales, mientras que otros países exigen una mayoría cualificada en el legislativo o un referéndum popular. En tercer lugar, otorga a los jueces el poder de hacer cumplir derechos constitucionales y revocar cualquier decisión del Estado, incluida su legislación, que consideren incompatible con ellos. Algunas cláusulas de la Constitución estadounidense están redactadas en unos términos tan amplios que dejan gran margen de maniobra a la judicatura en

el ejercicio de esta función.

Dentro de la taxonomía de las constituciones nacionales, el polo opuesto a la Constitución estadounidense tal vez lo represente la Constitución de la Quinta República Francesa tal como fue concebida en sus orígenes por el general De Gaulle y su consejero René Cassin en 1958. Francia es la cuna histórica del derecho público. El Conseil d'État, situado en la cúspide de un sistema de jurisdicción administrativa, se remonta a la época de Napoleón. Pero los tribunales administrativos franceses se han encargado tradicionalmente de las tareas administrativas y no de la política del Gobierno o legislativa. Uno de los grandes objetivos de la Constitución de De Gaulle consistió en evitar «el imperio de los jueces», considerado por el general como uno de los rasgos más deplorables de la vida pública estadounidense. Rechazaba en especial la idea de una Corte Suprema francesa con poder para valorar la actuación legislativa o gubernamental a partir de principios fundamentales. «La única Corte Suprema que hay en Francia», señaló, «es el pueblo». De 1958 en adelante, el abismo que separaba Estados Unidos de Europa se ha ido reduciendo; ahora hay tribunales constitucionales especializados en todos los países relevantes del continente europeo, incluida Francia. La ley se ha convertido en una limitación considerable para la actuación del Estado. Dicen que los tribunales constitucionales de Alemania, Italia y Francia han tumbado o revisado más leyes en el último medio siglo que el Tribunal Supremo de Estados Unidos a lo largo de toda su historia.

En cambio, en el Reino Unido, en cualquier caso como una cuestión de doctrina constitucional ortodoxa, no hay límites constitucionales para el poder del Parlamento. No hay ninguna ley fundamental que el Parlamento no pueda modificar o derogar a su antojo. Incluso la legislación de la Unión Europea, que ha prevalecido sobre la legislación nacional desde 1973, ha funcionado así en virtud de una ley parlamentaria que podría derogarse a voluntad, tal como hemos visto. La Carta Magna británica trata los poderes del Estado como materias sometidas a la decisión del Parlamento. El ejercicio de esos poderes compete a los ministros, que responden ante el Parlamento y, en última instancia, ante el electorado. El Reino Unido es casi el único país del mundo donde ocurre así.

Por supuesto, la diferencia entre el modelo jurídico y el modelo político de Estado nunca ha sido absoluta. Casi todas las constituciones tienen elementos de ambos sistemas. Estados Unidos ha desarrollado una sofisticada doctrina de separación de poderes que reserva un espacio amplio a las valoraciones políticas por parte del poder ejecutivo y legislativo. En el Reino Unido, la ley siempre ha tenido un lugar dentro de su Constitución esencialmente política. Sin embargo, la diferencia conceptual entre el modelo jurídico y el político sigue siendo real, y pone de manifiesto dos concepciones muy distintas de la democracia.

El atractivo del modelo jurídico estriba en que se basa en un cuerpo de ley que aplican los jueces, cuyas opiniones tienden menos a dejarse influir por pasiones, prejuicios, el interés personal o la *Realpolitik* que el criterio de los políticos o los votantes. Pero sus connotaciones condescendientes son claras: el modelo jurídico persigue crear un cuerpo de derechos constitucionales fuera del alcance de la voluntad democrática. Sus defensores no confían en las instituciones democráticas para generar opiniones sobre ellas con la moderación, la inteligencia o la sensibilidad moral necesarias. De modo que abogan por una concentración de poder en forma de una determinada gente, o sea, de jueces, cuyas capacidades superiores e independencia de la opinión pública creen que producen decisiones más sabias. «Nosotros, el pueblo» son las palabras con las que comienza la Constitución de Estados Unidos. Pero, tal como revelan las aportaciones de James Madison en *El federalista*, los padres fundadores consideraban al pueblo una amenaza mayor para la libertad que los Gobiernos. Madison buscó una solución en el principio representativo; él confiaba en que los legisladores fueran más juiciosos y más prudentes que su electorado. Sin embargo, para las generaciones posteriores, el principio representativo no fue suficiente. A medida que aumentó el electorado con la democratización del oeste, la presión del prejuicio popular ganó fuerza. De modo que se apeló a la imposición de límites constitucionales en todo aquello que el Parlamento democrático pudiera autorizar. La desconfianza en las mayorías electas y el temor a una tiranía de la mayoría siempre han alimentado la idea de unos derechos constitucionales bien arraigados.

Cierto es que las decisiones de los votantes y sus representantes no tienen

pureza moral. Se basan en una mezcla diversa de sabiduría y necedad, de prejuicio y entendimiento, de idealismo, pragmatismo e intereses personales. La verdadera cuestión es si esta es una razón suficiente para limitar sus decisiones con la ley. Para responder este interrogante creo que debemos preguntarnos por qué creemos en el recuento de votos. Sin duda, hay dos motivos principales. En primer lugar, toda autoridad que no se base tan solo en la fuerza precisa alguna fuente de legitimidad. Si una comunidad política aspira a alguna estabilidad a largo plazo, la gente debe tener una razón para acatar las leyes que no le gustan, al margen de la amenaza de la coacción. «Nosotros, el pueblo» es la base emocional de la democracia tanto en el Reino Unido como en Estados Unidos, aun cuando los británicos no posean un documento donde consten esas palabras. La segunda razón por la que creemos en el recuento de votos radica en que refleja nuestro sentido de la igualdad social y política. Thomas Jefferson escribió en una de las cartas que envió al científico alemán Alexander von Humboldt que «la *lex majoris* [la ley de la mayoría] es la ley fundamental de toda sociedad de individuos con los mismos derechos». Los términos clave de esa formulación son los últimos: «con los mismos derechos». Los intereses y las opiniones de los ciudadanos entran en conflicto: no podemos salirnos todos con la nuestra, pero podemos confiar en que el proceso para la toma de decisiones trate con la misma consideración y respeto nuestra diversidad de intereses y opiniones. Esto se consigue otorgando a todos el mismo peso en la toma de decisiones, aunque, como votantes individuales, la capacidad de cada persona particular para influir en el resultado sea mínima. Una Constitución basada no en la voluntad democrática, sino en algún esquema arraigado de valores, como el liberalismo, los derechos humanos, la teología política islámica o la dictadura del proletariado, no lograría eso. Daría privilegios a aquellos ciudadanos que estuvieran de acuerdo con esos valores. No importaría si esos valores en cuestión gozaran de una aceptación universal, o casi universal. Pero no es necesario consolidar valores en la Constitución si cuentan con una aceptación universal; solo hay que afianzarlos cuando son controvertidos y, por tanto, fáciles de descartar por parte de gente con libertad para decidir en esa materia.

Esto apunta a que la esencia de la democracia no es la rectitud moral, sino

la participación. La verdadera función de una Constitución es determinar cómo participa la ciudadanía en el proceso para la toma de decisiones, pero no determinar cuál debería ser el resultado. La cuestión no es si los votantes actúan movidos por buenas o malas razones. No podemos crear una Constitución para un mundo imaginario donde la gente carezca de prejuicios o permanezca indiferente a sus propios intereses. Lo máximo a lo que puede aspirar un sistema político es a ofrecer un método para la toma de decisiones que ofrezca una probabilidad mayor para conciliar los desacuerdos que realmente existen entre la ciudadanía. Esto requiere un proceso político en el que pueda participar todo el mundo, y cuyos resultados, aunque imperfectos, sean aceptables para el espectro más amplio posible de intereses y opiniones. Esta tal vez sea una prioridad más importante para una comunidad política que encontrar la respuesta correcta a sus dilemas morales, incluso suponiendo que exista una respuesta correcta o que al final lográramos dar con ella. El problema del modelo jurídico es que margina el proceso político. Cuando un juez considera algo constitucional o humano o un derecho fundamental, está diciendo que deriva de una ley que está por encima de los procesos ordinarios de toma de decisiones del Estado. Está declarando que su existencia y su alcance no se pueden determinar mediante la elección política.

Sin embargo, muchas decisiones judiciales sobre derechos fundamentales son en sí mismas elecciones políticas, solo que tomadas por un conjunto más reducido y no representativo de personas. En el contexto de Estados Unidos, el ejemplo más interesante probablemente lo ofrezca la cláusula de garantías procesales de la Decimocuarta Enmienda. La Decimocuarta Enmienda formó parte de una serie de enmiendas aprobadas en la década de 1860 una vez finalizada la Guerra de Secesión. En su mayoría iban dirigidas contra la esclavitud. La cláusula de garantías procesales establece, entre otras cosas, que ningún Estado podrá privar a ninguna persona de libertad sin su correspondiente y obligado proceso judicial. Sucesivas decisiones del Tribunal Supremo de Estados Unidos han convertido esta cláusula en el equivalente funcional del Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, la cual protege la vida privada. Ambas disposiciones se han interpretado con capacidad para abarcar cualquier

interferencia con la autonomía personal de los individuos, dentro de unos límites. Pero, ¿cuáles son esos límites? Todas las leyes obligatorias interfieren con la autonomía personal de los individuos, para eso son. Si los límites del derecho a la libertad los fijan los jueces de acuerdo con sus principios, la respuesta dependerá necesariamente de la consideración de qué interferencias con la autonomía personal son aceptables y cuáles no. ¿A partir de qué pautas debe realizarse esa evaluación?

Hace medio siglo esta cuestión se debatió con vehemencia en el Tribunal Supremo de Estados Unidos durante un caso famoso sobre el estatuto de Connecticut que prohíbe el uso de anticonceptivos. El tribunal fue unánime en la consideración de que se trataba de una ley absurda. Y puede que todos estemos de acuerdo con eso, pero las leyes absurdas no son inconstitucionales solo por esa razón. El tribunal falló por mayoría que existía un derecho constitucional a la privacidad que se violaba en el estatuto de Connecticut. Sin embargo, este derecho no se menciona en ningún lugar de la Constitución de Estados Unidos, y la confusión sobre sus fundamentos exactos se evidencia en la diversidad de opiniones entre los magistrados: algunos pensaban que existe el derecho a la privacidad porque es análogo a otros derechos que se mencionan de forma explícita en la Constitución; otros opinaban que ese derecho deriva de los valores colectivos de la gente que el tribunal estimaba pertinentes. Uno consideró que bastaba con decir que el derecho de privacidad está implícito en el concepto de libertad. Las voces discrepantes adujeron que no existe tal derecho porque la única base que podría servir para defender su realidad era que suficientes jueces lo consideraran una buena idea.[2] Creo que los que se opusieron tenían algo de razón. Cuando se pide a un juez que decida sobre un tema tan amplio como este, la cuestión no es en realidad si el derecho existe o no, sino si debe existir. Aun así se trata sin duda de un asunto que deben dilucidar los legisladores, no los jueces.

A lo largo del siglo y medio transcurrido desde que ese derecho se incorporó a la Constitución, la cláusula de garantías procesales ha servido de base a algunas de las decisiones más intolerantes y a algunas de las más progresistas que han tomado los tribunales federales, de acuerdo con el parecer de los jueces del momento. Como es bien sabido, durante la llamada

«era Lochner», entre las décadas de 1890 y 1930, los tribunales federales de Estados Unidos declararon inconstitucionales unas 150 disposiciones legales para la protección de los trabajadores bajo la cláusula de garantías procesales. Lo hicieron basándose en el argumento de que la libertad exigía una independencia absoluta de contratación, sujeta tan solo a consideraciones de política pública. Entre las normas que se derogaron figuraban leyes de cada estado federado que limitaban las horas de trabajo en beneficio de la salud, que garantizaban el derecho a sindicarse y que prohibían el trabajo infantil. En el extremo político opuesto, la cláusula de garantías procesales también sirvió de base a la sentencia del caso *Roe v. Wade* de 1973. El Tribunal Supremo de Estados Unidos infirió un derecho a abortar a partir de los derechos constitucionales recién descubiertos de privacidad y autonomía.[3] El mismo razonamiento estuvo detrás de la decisión de este mismo tribunal para aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo en el año 2015.[4] En ambos casos, las decisiones de los tribunales se basaron necesariamente en la percepción de los magistrados de que eso era lo que exigía ahora la libertad. Pero parece probable que si estas mismas cuestiones hubieran llegado por primera vez a ese mismo tribunal con los miembros que lo conforman en la actualidad, el resultado habría sido distinto, aunque lo único diferente sería el parecer de los jueces individuales. Me siento en la obligación de preguntarme si unas decisiones tan dependientes de la personalidad y las preferencias de nueve individuos pueden describirse de verdad como leyes.

Son dos las lecciones que podemos extraer de la inmensa variedad de resultados que en distintos momentos se han justificado mediante la cláusula de garantías procesales. Una es que en asuntos que crean controversia política, las decisiones de los jueces casi siempre implican una gran dosis de juicio de valor político. La causa en favor o en contra de la legislación laboral es una cuestión de política económica y social. La causa en favor o en contra del aborto es una cuestión de valores sociales y morales. Lo que exige la libertad en ambos contextos y hasta dónde debe llegar son cuestiones esencialmente políticas. La otra lección es que las decisiones judiciales sobre esta clase de asuntos no siempre son más sabias ni superiores, desde un punto de vista moral, que el criterio del legislativo, aun

cuando se tomen siguiendo un proceso más transparente. En el Reino Unido, los tribunales se consideran hoy en día bastiones del liberalismo frente a Gobiernos esclavos de una opinión pública intolerante, pero antes de la Segunda Guerra Mundial se veían como aliados del capitalismo depredador, profundamente hostiles a la regulación del trabajo y a las prestaciones sociales públicas. Todos los avances logrados en estos campos se consiguieron desde el ámbito político, a través de las leyes. Gran parte de las leyes para la protección de los trabajadores que anularon los tribunales federales en la era Lochner habían formado parte de la legislación británica desde mediados del siglo XIX. Habían llegado hasta ella a través de la actuación política.

La justificación que suele emplearse para tratar estos temas como cuestiones constitucionales y para remitírselas a los jueces es que protegen a las minorías frente a la tiranía de la mayoría mejor que el proceso legislativo. Dudo que haya alguna base empírica para este aserto. Como mucho cabría decir que en algunos periodos de la historia ha sido así, mientras que en otros, no. Lo que conforma la tiranía de la mayoría depende en gran parte de cómo se defina el término *mayoría* y de qué se considere una *tiranía*. Salvo tal vez en casos clásicos de discriminación, en los que el principio animador consiste en tratar casos similares de forma similar, no hay pautas legales que nos sirvan para responder estas cuestiones. Las únicas reglas disponibles son políticas. La experiencia apunta a que los jueces encargados de tomar decisiones esencialmente políticas no tienen una probabilidad más alta que los políticos de tomar las decisiones más sabias.

Tal vez haya otra cuestión más amplia: si es inteligente o no legislar de esta manera. Cierto es que las divisiones partidistas y los bloqueos institucionales en el Congreso han dificultado la consecución de cualquier cambio legislativo polémico en Estados Unidos. Es inevitable que esto anime a quienes abogan por una resolución judicial de los asuntos sociales más importantes. Pero la función principal de cualquier sistema político consiste en conciliar las diferencias de intereses y de opinión entre los ciudadanos. La resolución de estas diferencias a través de decisiones judiciales no contribuye en absoluto a lograrlo. Al contrario, cuando se califica algo como un derecho constitucional, el asunto se aparta del ámbito del debate político

y se transfiere a los jueces. En Estados Unidos es así de manera irreversible, a menos que el Tribunal Supremo cambie de opinión o se modifique la Constitución. El debate sobre el aborto ilustra perfectamente muchos de estos temas. Yo estoy a favor de regular el derecho al aborto, pero dudo de que se pueda tratar como un derecho fundamental en toda regla desplazando la intervención legislativa o política. En el Reino Unido el aborto fue en otros tiempos igual de polémico que lo es ahora en Estados Unidos. Tras un amplio debate parlamentario, fue aprobado en 1967 por un proceso legislativo ordinario, dentro de unos límites bien definidos y sujeto a un marco de regulación clínica. El mismo patrón se siguió en Europa, donde todos los Estados salvo uno (e Irlanda del Norte) han legislado en la actualidad para tener un derecho al aborto regulado. Como consecuencia, el aborto apenas despierta polémica en Europa. Sospecho, aunque no puedo demostrarlo, que uno de los motivos por los que el aborto sigue siendo tan controvertido en Estados Unidos es porque se introdujo por vía judicial, es decir, por un método que convirtió en irrelevante un debate político más amplio entre estadounidenses. Esto ha distorsionado la política del país al convertir las elecciones presidenciales en una lucha por el poder de nombrar jueces políticamente próximos en el Tribunal Supremo. Esto se puso claramente de manifiesto en las posturas poco dignas y partidistas que se adoptaron durante la nominación del juez Kavanaugh en 2018.

Durante su primer discurso de toma de posesión, en 1861, Abraham Lincoln llamó la atención sobre las consecuencias de rellenar las lagunas que hay en la Constitución mediante decisiones judiciales. Sus palabras son bien conocidas:

> El ciudadano cándido debe reconocer que si la política del Gobierno sobre cuestiones cruciales que afectan a todo el pueblo ha de ser fijada irrevocablemente por decisiones del Tribunal Supremo, […] el pueblo habrá dejado de gobernarse a sí mismo al abandonar en la práctica su gobierno en manos de ese eminente tribunal.

Lincoln tenía en mente el sonado fallo del Tribunal Supremo en el caso *Dred Scott*, el cual afirmaba que no había que tratar como ciudadanos a los afroestadounidenses.[5] Pero aquello también le sirvió para emitir una puntualización más amplia sobre el compromiso de la ciudadanía: un país

no puede confiar en conciliar divisiones entre sus habitantes a menos que los ciudadanos participen en el proceso de encontrar soluciones políticas a los problemas ordinarios. La ley tiene sus propias reivindicaciones conflictivas de legitimidad, pero no hay ningún sustituto para la política.

No digo que no haya derechos que no deban tener una protección constitucional en una democracia, pero creo que una lección que puede aprender el Reino Unido de la experiencia estadounidense es que hay que estudiar con cuidado qué derechos se consideran tan fundamentales que quedan más allá de la decisión democrática. He manifestado que hay dos clases de derechos verdaderamente fundamentales en este sentido. Son los derechos a un nivel básico de seguridad para la vida, la libertad y la propiedad, y derechos tales como la libertad de expresión, de reunión y de asociación, sin los cuales una comunidad no puede funcionar como una democracia. Estos derechos no bastarán para evitar la tiranía de la mayoría, pero ningún código de derechos es capaz de hacerlo. La ley sencillamente no tiene ninguna solución para el problema de la tiranía de la mayoría, ni siquiera en un sistema de derechos constitucionales perfectamente asentados como el de Estados Unidos. La ley puede insistir en que las autoridades públicas deben tener una base legal para todo lo que hacen. Puede aportar el nivel básico de seguridad del que depende la vida civilizada. Puede proteger de la discriminación a minorías caracterizadas por algún rasgo personal, como el género, la raza o la orientación sexual. Pero los tribunales no pueden esquivar la amenaza más general de que las mayorías legislativas ejerzan opresión, a menos que asuman por sí mismos el poder legislativo. Las únicas limitaciones eficaces para el abuso del poder democrático son políticas. Estas dependen de una ciudadanía participativa, de una cultura de sensibilidad política y de la capacidad de las instituciones representativas para desempeñar su papel tradicional como conciliadoras en la división y como mediadoras en la disconformidad. Si esto ya no se da en Estados Unidos o, en cierta medida, en el Reino Unido, es porque un sector amplio de la población ya no lo desea así. En cuestiones críticas, nuestra cultura política ha perdido la capacidad para identificar premisas comunes, vínculos comunes y prioridades comunes que están por encima de nuestras diferencias. Puede que *política* sea una palabra sucia, pero la alternativa a

ella es sombría: una comunidad disfuncional carente de cohesión para afrontar alguno de sus desafíos sociales o económicos y expuesta a una violencia interna y externa creciente. Es una catástrofe potencial en ciernes, pero no hay nada que pueda hacer la ley para evitarlo.

En un ensayo escrito en 1942, el excelso juez estadounidense Learned Hand confesó que no podía predecir si el espíritu de equidad y justicia que alentó la Constitución de Estados Unidos sobreviviría sin jueces que exigieran su cumplimiento. Pero añadió también estas palabras, que encierran los dilemas de una Constitución jurídica:

> [...] pero esto es todo lo que creo saber: que una sociedad tan desgarrada que haya perdido el espíritu de moderación no puede ser salvada por ningún tribunal; que una sociedad donde triunfe ese espíritu no necesita ser salvada por ningún tribunal; que en una sociedad que eluda su responsabilidad, confiando a los tribunales el fomento de ese espíritu, ese espíritu acabará pereciendo.[6]

---

[1] 5 US 137 (1803).

[2] *Griswold v. Connecticut* 381 US 479 (1965).

[3] 410 US 113 (1973).

[4] *Obergefell v. Hodges* 135 S. Ct. 2584 (2015).

[5] *Dred Scott v. Sandford* 60 US 393 (1857).

[6] «The Contribution of an Independent Judiciary to Civilisation» (1942), reimpreso en la obra *Spirit of Liberty* (1953), pp. 118ff., en p. 164.

V. Constituciones, nuevas y antiguas

«A lo largo de 150 años, el poder ha residido en el Parlamento, y durante los últimos sesenta o setenta años [el Parlamento] se ha vuelto cada vez más impopular». Esta reflexión resulta familiar, pero no es del editorialista de un diario ni de un manifestante en la plaza del Parlamento. Es de Benjamin Disraeli, tal vez el único genio de verdad que ha llegado a la cúspide de la política británica. La puso en boca de su personaje Sidonia, en la novela *Coningsby*. *Coningsby* se publicó en 1844, en una época de gran agitación constitucional en el Reino Unido y en vísperas de una crisis política muy parecida en ciertos aspectos a la crisis actual del Brexit. Por supuesto, Sidonia era el propio Disraeli, y su diagnóstico era desolador. El peligro de Inglaterra, decía, no radicaba en las leyes y las instituciones, sino en lo que él denominaba «el declive de su naturaleza como comunidad». Sin un sentimiento firme de comunidad, hasta las mejores leyes e instituciones eran letra muerta. Cito estas palabras lúgubres para introducir una serie de observaciones. En primer lugar, nuestros aprietos políticos no son nada nuevo. En segundo lugar, en cualquier crisis política siempre habrá llamamientos para cambiar las instituciones. En tercer lugar, los cambios propuestos suelen ser irrelevantes para el problema que los ha inspirado. Aun así, la advertencia de Disraeli nunca ha disuadido a la gente de reclamar una reforma institucional, cuando lo cierto es que el problema está en nosotros. Durante varios años, estos llamamientos han tomado la forma de propuestas para crear una Constitución escrita en el Reino Unido.

En este libro me he interesado por nuestra persistente costumbre de buscar soluciones legales para lo que en realidad son problemas políticos. Las peticiones de una Constitución escrita señalan el extremo de esta tendencia. En teoría, en el Reino Unido se podría tener una Constitución escrita sin necesidad de expandir el papel constitucional de los jueces. Tal como he comentado, la Constitución de la Quinta República Francesa en su forma original de 1958 se acercó mucho a esto. Pero en la práctica, todos los

esquemas de reforma constitucional propuestos para nuestro país en los últimos años han aspirado a limitar los poderes del Parlamento y del Gobierno, y a incrementar los de los jueces. Esto no es casual. Una constitución escrita es, por definición, una fuente suprema de derecho. Prevalece sobre la legislación parlamentaria ordinaria. Cualquier ley suprema que pretenda regular las relaciones entre el ciudadano y el Estado debe dejar necesariamente algunos derechos de la ciudadanía fuera del alcance de la asamblea legislativa electa. Pero el poder que pierde el órgano legislativo con esos esquemas no desaparece sin más, sino que pasa a los jueces. Los jueces reconocen, interpretan y en ocasiones hasta crean derechos constitucionales. Los jueces deciden en qué momento se pueden ver rebasados esos derechos por otros intereses públicos. En los capítulos previos se aprecia con claridad mi escepticismo ante las afirmaciones de que nuestro sistema de gobierno se puede mejorar con una ampliación del órgano jurídico. El principal problema de estas afirmaciones es que atribuyen el malestar político de nuestros días a los defectos de las instituciones, cuando en realidad se deben a otras causas que no resolvería ninguna reforma institucional.

En su estado actual, la Constitución británica tiene cuatro rasgos que la diferencian de casi todas las constituciones del resto del mundo. En primer lugar, no está escrita. No existe un texto fundamental con el que medir la constitucionalidad de las actuaciones del Gobierno o de la asamblea legislativa. En segundo lugar, cuenta con una sola norma constitucional verdaderamente fundamental, y es que el Parlamento es soberano. No existe ningún límite legal para lo que puede hacer; las únicas limitaciones son políticas. Como la Cámara de los Comunes, órgano dominante en el Parlamento, es una asamblea de representantes electos, la soberanía del Parlamento constituye la base de esta democracia. En tercer lugar, las limitaciones para lo que pueda hacer el Parlamento dependen de convenciones políticas. Las convenciones no son leyes, sino reglas prácticas. Deben su fuerza al sentimiento político compartido, por lo que su incumplimiento tendría un coste político. Algunas de ellas son fundamentales: por ejemplo, la convención de que el monarca debe actuar aconsejado por el Gobierno, que el monarca no puede vetar la legislación

parlamentaria, que la Cámara de los Lores no entorpece el ordenamiento jurídico por el cual el Gobierno tiene un mandato electoral, o que el Parlamento no ejercerá en condiciones normales su derecho indudable a legislar para Escocia o Gales sobre asuntos que se han devuelto a sus órganos legislativos locales. Se ha dicho que, si la Constitución de Estados Unidos es una cuestión de derecho, la Constitución británica es una cuestión de opinión. Es una simplificación excesiva, pero tiene algo de verdad. Por último y en cuarto lugar, el Gobierno forma parte del Parlamento, y lo domina sin tener jamás un control absoluto sobre él. Su posición de superioridad se debe en parte a una disciplina de partido estricta, y en parte, al peso del voto ministerial. Pero la razón principal estriba en la dilatada tradición política, que se refleja en sus normas procedimentales, de que el Parlamento no es tan solo un órgano legislativo o deliberativo, sino también un instrumento de gobierno. Existe para respaldar al ejecutivo o para cambiarlo por otro que pueda recibir su apoyo. Los tres primeros rasgos mencionados fueron ratificados por la decisión del Tribunal Supremo de 2017, que dictaminó que el Gobierno necesitaba autorización parlamentaria para notificar la retirada de la Unión Europea.[1] El cuarto, el control ejecutivo de la agenda parlamentaria, se ha comprobado con severidad durante la crisis parlamentaria del Brexit, ya que un Gobierno en minoría que no consiguió permiso parlamentario para aprobar sus propuestas, intentó utilizarlo para reprimir el debate de cualquier alternativa. Pero en circunstancias más normales parece probable que continúe siendo una característica crucial del sistema parlamentario británico.

Las objeciones a estos acuerdos plantean que son oscuros, anticuados, que no concuerdan con la práctica internacional y que otorgan demasiado poder al Parlamento. Hay algo de verdad en todas estas críticas. Pero antes de buscar alternativas, debemos entender cómo acabamos llegando a lo que hay en el momento presente. La soberanía ilimitada del Parlamento es una idea jurídica, pero no la creó la ley sino la política. A lo largo de la historia, la soberanía ha residido en la corona. Poco a poco y de manera totalmente pacífica, la monarquía fue cediendo su poder personal al Parlamento y a los ministros, que gobernaban en su nombre pero respondían ante el

Parlamento. La ley jamás asumió un papel político, sino que se limitó a reconocer los hechos políticos. En el Reino Unido nunca pasó nada que justificara la creación de una fuente de derecho nueva situada por encima del Parlamento. La Constitución británica es única, pero esta singularidad no tiene por qué ser un defecto. Es el resultado de nuestra historia, que es única de por sí. En otras partes del mundo, las constituciones escritas han estado apadrinadas por revoluciones, invasiones, guerras civiles y emancipaciones de la colonia. Las constituciones se han adoptado casi siempre tras la fundación de un Estado o tras la destrucción de algún régimen anterior. Como consecuencia, siempre ha habido una página en blanco sobre la que redactarlas. Pero el Reino Unido es un Estado antiguo con una historia constitucional dilatada e ininterrumpida, no se puede reducir a una hoja de papel en blanco. Durante más de tres siglos ha tenido la suerte, o la mala suerte, de no haber experimentado ninguna de las catástrofes que, en otros lugares, han reclamado un nuevo comienzo.

No es necesario creer, como el señor Podsnap de Charles Dickens, que nuestra Constitución nos fue otorgada por una providencia benévola para desconfiar de cualquier proyecto para demolerla y reconstruirla. Las naciones son prisioneras de su pasado. Pueden renunciar a él, pero solo a costa de un gran trastorno y de unas consecuencias impredecibles. El Reino Unido ha creado instituciones acordes a su dilatada experiencia. Sin duda podría elaborarse una Constitución escrita que fuera un artefacto de perfecta racionalidad, algo de una gran belleza intelectual. Pero no tendría ningún fundamento en nuestra experiencia histórica, y la experiencia cuenta mucho en los asuntos humanos, más que la racionalidad, más incluso que la belleza. Al final, las costumbres, las tradiciones y las posiciones de las comunidades humanas son más poderosas que la ley. De hecho, son los cimientos de la ley.

Si la Constitución informal que tenemos fuera intolerable, tal vez no nos quedaría más remedio que soportar el trastorno y la inestabilidad que implicaría su abandono. Pero en realidad nos ha traído ventajas reales. Gracias a que en esencia sigue siendo una Constitución política, en lugar de jurídica, admite un desarrollo creciente sustancial sin ningún procedimiento formal para su reforma. Esto ha implicado que el Estado británico haya

experimentado en ocasiones un cambio constitucional considerable sin pretenderlo en realidad. Pero también ha permitido al Estado adaptarse a cambios de calado en nuestra vida nacional que habrían desbordado a un sistema más formal: la marginación política de la monarquía, la irrupción de la industrialización y la democracia de masas, las crisis existenciales derivadas de dos guerras mundiales, la formación y posterior pérdida de un imperio a escala mundial, la emergencia de nacionalismos enérgicos en Irlanda, Escocia y Gales. Todo ello se ha conciliado desde la política sin cambiar el marco constitucional básico.

La descentralización tal vez sea el ejemplo reciente más destacado. Ha alterado radicalmente el funcionamiento interno del Reino Unido. Pero se logró desde la política, a través de la legislación ordinaria después de unos comicios generales en los que formaba parte del programa del partido ganador. Compárese el encaje británico del nacionalismo escocés y galés con la aparente incapacidad de España para encajar el nacionalismo catalán. Uno de los motivos por los que esta cuestión ha sido mucho más conflictiva en España es porque las relaciones entre el Estado y sus territorios constitutivos están establecidas en el Artículo 2 de la Constitución española. La Constitución española es aplicable de forma independiente por los jueces y, como todas las constituciones formales, es difícil de modificar. De ahí que cueste tanto lograr una solución política. El hecho de que el Reino Unido haya atravesado recientemente un periodo de cambio radical y que esté entrando en otro no es, pues, una razón para tirar por la borda nuestras disposiciones constitucionales actuales. Al contrario, más bien es un motivo para conservarlas. Las crisis de legitimidad política no son inusuales, ni aquí ni en ninguna parte. Otras democracias no las han manejado mejor (y a menudo lo han hecho peor) que nosotros, a pesar de contar con complejas constituciones formales con todas las características que recomiendan los que desearían ver una así aquí.

Esto indica, tal como defendió Disraeli en *Coningsby*, que para los males actuales de nuestro órgano político deberíamos buscar causas más fundamentales que las peculiaridades de esta Constitución. Ya he dicho que una democracia estable requiere un nivel mínimo de implicación de la sociedad en el proceso político. Ahí es donde radica el verdadero problema.

Los británicos no son apáticos con la política. Los sucesivos análisis anuales que publican la Hansard Society y el British Social Attitudes Survey[2] nos revelan como un país con un firme sentido de la obligación cívica y un interés real por los asuntos públicos. Pero esto ha ido acompañado de una desconexión progresiva del proceso político actual. Los síntomas nos rodean por doquier: el prolongado descenso de la afiliación en todos los partidos políticos nacionales principales; la caída de la participación en las elecciones; el desprecio generalizado hacia los políticos profesionales; el ascenso de nacionalismos regionales potentes, que ofrecen una fuente de legitimidad más inmediata. Estas cosas no son rarezas de nuestro sistema político; otros países con sistemas muy diferentes también las han experimentado. La afiliación a partidos políticos ha descendido en la mayor parte de Europa. La caída ha sido más pronunciada en países como el Reino Unido, Francia y Suecia, con las tradiciones democráticas más largas. Los nacionalismos regionales han puesto en jaque Estados bien consolidados en Bélgica, España y otros lugares. La participación en los comicios presidenciales de Estados Unidos alcanzó un pico después de la guerra en las décadas de 1950 y 1960, pero ha ido en descenso desde entonces. En la actualidad figura entre las más bajas del mundo. Francia ha experimentado recientemente una caída aún más pronunciada.

Estos son síntomas de un rechazo generalizado no solo de los políticos, sino también del propio proceso político. ¿Por qué ha ocurrido esto en un país con tanta conciencia política como el nuestro? Por supuesto, ha habido incidentes espectaculares, como el escándalo que salió a la luz en el Reino Unido en 2009 sobre gastos parlamentarios. Quienes han creído siempre en una Constitución formal han tendido a aferrarse a esos momentos como indicativos de un colapso institucional general que podría justificar un nuevo comienzo. Pero estas propuestas nunca han llegado muy lejos. Esto se debe a que intervienen factores más fundamentales que no tienen nada que ver con las peculiaridades de esta Constitución. Son inherentes al proceso democrático en sí.

La democracia genera expectativas muy altas y poco realistas. Estas expectativas surgen en parte del eterno optimismo de la humanidad, en parte de una interpretación equivocada de la función de los políticos, y en

parte de una concepción exagerada de su poder para lograr un gran cambio. Todos estos problemas se ven agravados por la subasta de promesas lanzadas en cada convocatoria electoral. Cuando esas expectativas se frustran, tal como sucede inevitablemente, una sensación de frustración impotente mina la confianza de la gente en todo el proceso político. O las promesas eran falsas o su ejecución fue incompetente. Esto no tiene por qué pesar cuando todo lo demás va bien, pero sí importa en extremo cuando las cosas van mal. Las democracias funcionales siempre han dependido en gran medida de la buena fortuna económica. La democracia occidental ha tenido mucho de eso. Nació en el siglo XIX, en una época de optimismo creativo, de expansión económica y de supremacía europea. Salvo durante dos periodos breves, Estados Unidos ha disfrutado continuamente de niveles al alza de prosperidad, tanto en términos absolutos como en relación con otros países, hasta hace bastante poco. En la vida de cualquier comunidad, la quiebra del optimismo representa un momento peligroso. El desencanto con la promesa del progreso fue un factor crucial en la crisis de treinta años que comenzó en Europa en 1914 y finalizó en 1945. Aquella crisis se caracterizó porque buena parte de Europa recurrió a la autocracia, lo que tuvo unas consecuencias atroces para el bienestar del continente y de sus moradores. Desde 1945 han transcurrido tres cuartos de siglo, unos años marcados por un crecimiento económico rápido y mejoras exponenciales en el nivel de vida. Pero hoy la mayoría de las democracias occidentales se enfrenta a problemas de crecimiento titubeante y una relativa decadencia económica, de sobrecualificación y de patrones caprichosos de desigualdad, la mayoría de ellos derivados de logros anteriores. Estas cosas generan sentimientos de pérdida de poder que han tendido a desacreditar las instituciones democráticas. Los datos recabados por la Encuesta Mundial de Valores indican que, aunque la mayoría de Europa aún considera fundamental la democracia, en el Reino Unido, Francia y Estados Unidos solo está de acuerdo con ello la generación más mayor; la mayoría de la gente menor de treinta años ya no lo está. Encuestas recientes realizadas por la Hansard Society revelan que una mayoría clara de nuestros conciudadanos vería con buenos ojos un Gobierno de un hombre fuerte que aspirase a romper con las reglas. Una proporción elevada considera que este hombre fuerte no debería

verse contenido por instituciones representativas como el Parlamento. Algunos activistas del cambio climático han propuesto abiertamente una suspensión de la democracia sobre la base de que su programa para limitar las emisiones de carbono y la extinción de especies nunca será aprobado por el electorado. Curiosamente, esto está sucediendo en el mismo momento en que los votantes de la mayoría de las economías avanzadas están empezando a entender la escala del problema y la urgencia de atajarlo, incluso a expensas del consumo actual.

El resentimiento ciudadano con las instituciones democráticas se ha agravado por la sensación de lejanía de los políticos. Las democracias representativas generan sin remedio una clase política separada de sus votantes en cuanto a mentalidad y, por lo común, en cuanto a estilo de vida. Esto es inherente a las exigencias prácticas de la vida pública. Pocos políticos serán alguna vez como la generalidad de su electorado, aunque empezaran pareciéndose mucho a ella. Los beneficios económicos de una carrera política no son muy grandes, pero resultar elegido exige un nivel excepcional de ambición y de determinación. La labor legislativa y gubernamental requiere gran cantidad de información, experiencia y habilidad. Es improbable que la mayoría del electorado comparta estas cualidades. Lo cierto es que todos los sistemas políticos son aristocracias del conocimiento. La democracia solo se diferencia de otros en que las aristocracias se implantan y desmontan por votación popular. Esto tiene una repercusión radical en la manera en que se comportan y piensan, por lo común, para conseguir lo mejor. Pero eso no las acerca más al electorado.

Todo esto es difícil de casar con la idea actual de representación, la cual ha sufrido un cambio sutil pero importante a lo largo de nuestra vida. Los ciudadanos no solo esperan que sus representantes actúen para ellos, sino también que sean como ellos. Esta es una vieja idea. John Adams, uno de los padres fundadores de los Estados Unidos de América, opinaba que la asamblea legislativa debería ser un «retrato exacto en miniatura» de la población. El líder revolucionario francés Mirabeau declaró que debería representar al pueblo con tanta exactitud como un mapa reproduce un paisaje. Pero estas imágenes deslumbrantes responden a la retórica altanera de una elite política. La idea ha alcanzado mayor resonancia en estos días

que rechazan la condescendencia y aborrecen la jerarquía de un modo que ni Adams ni Mirabeau habrían entendido. El resentimiento con las elites políticas, administrativas y académicas pesó mucho en la campaña del referéndum británico de 2016. «Los británicos ya han tenido suficientes expertos», fueron las famosas palabras de un político destacado en el curso de esa campaña. Y no solo los británicos; resentimientos análogos resultaron decisivos en la campaña presidencial estadounidense algo más tarde aquel mismo año, al igual que en la campaña presidencial francesa de 2017 y las elecciones generales italianas de 2018. En todas estas contiendas, la falta de experiencia política fue una parte central del discurso electoral de los candidatos que salieron vencedores. Está por ver si eso generará Gobiernos con más nivel o más responsables con los problemas de la ciudadanía. La experiencia es falible, pero esto no significa que carezca de valor o que la ignorancia sea mejor.

La experiencia reciente del Reino Unido no es única, pero las consecuencias de rechazar a los iniciados en la política son más serias aquí que en otros países. Esto es así por el papel crucial que desempeñan los partidos políticos dentro del Parlamento y por la relación íntima que existe entre el Gobierno y la Cámara de los Comunes. Puede que la afiliación a partidos políticos haya caído a niveles muy bajos, pero los miembros de los partidos siguen eligiendo a los candidatos a parlamentarios y tienen un gran peso en la elección de los líderes de los partidos. El descenso de la afiliación ha permitido que los dos partidos nacionales grandes hayan sido colonizados por una cantidad relativamente pequeña de fanáticos y «entristas» de la línea dura con una idea muy limitada de cuáles son los intereses generales y sin ninguna intención de armonizar con nadie más. Este proceso alcanzó una situación extrema en el Reino Unido en el verano de 2019, cuando el Primer Ministro de una democracia occidental de peso y con un censo aproximado de 47 millones de votantes fue elegido por un grupo atípico y autodesignado de unos 150 miembros de un partido político que no tenía mayoría absoluta en la Cámara de los Comunes y que cuentan con un apoyo decreciente en el conjunto del país.

Incluso entre el gran público, la gente está menos dispuesta a aceptar el tira y afloja necesario para construir alguna suerte de consenso social. Este

tratamiento absolutista de los temas controvertidos es el sello distintivo de los fanáticos, pero no es exclusivo de ellos. Pocas cosas resultaron más reveladoras que la catástrofe electoral que sufrieron los liberal demócratas en 2015: perdieron posiciones por los compromisos que se vieron obligados a establecer para crear un Gobierno viable de coalición en 2010, cuando ningún partido tenía una mayoría en la Cámara de los Comunes. Para muchos de sus simpatizantes previos, llegar a acuerdos lleva inherente una falta de principios. El apego inflexible a los principios propios puede tener cierto atractivo moral, pero a menudo conduce a la esterilidad política.

Este problema no es exclusivo del Reino Unido. Estados Unidos ha dejado de ser de momento una comunidad política porque ninguno de los dos bandos de la principal división política respeta la legitimidad de las posiciones políticas con las que está en desacuerdo. En el Reino Unido, hemos llegado a la misma situación con el Brexit. Durante las últimas elecciones presidenciales de Francia, el candidato vencedor, Emmanuel Macron, fue el preferido por menos de una cuarta parte del electorado en la primera ronda. Un desplazamiento de tan solo un 3 % de los votos habría dado como resultado un empate técnico entre la derecha intransigente de Marine Le Pen y la izquierda intransigente de Jean-Luc Mélenchon. Dos milenios y medio atrás, Aristóteles contempló la democracia como una forma de gobierno intrínsecamente inestable justo porque era vulnerable a demagogias de este tipo. El gran logro de la democracia representativa occidental moderna ha sido desafiar esa predicción durante alrededor de dos siglos, pero ¿por cuánto tiempo más?

Si esta es una interpretación verosímil de nuestros problemas actuales en relación con la legitimidad política, entonces es obvio que la adopción de una Constitución escrita que sirva como ley suprema no supondrá una gran diferencia. Conllevará dos cambios fundamentales, ninguno de ellos claramente deseable. En primer lugar, reemplazará esta Constitución nuestra tan adaptable por algo más rígido y menos capaz de encajar lo inesperado. Y, en segundo lugar, producirá un desplazamiento parcial del poder desde una aristocracia del conocimiento elegible y cambiable hacia un conjunto de jueces igual de distantes, menos representativos y ni elegibles ni invalidables. Nada de esto significa que no tenga que haber ningún cambio

constitucional. Ha habido muchos y habrá más, pero han sido graduales y por partes. No han implicado la sustitución de la Constitución por un código nuevo, ni han socavado la soberanía del Parlamento electo, que conforma la base de nuestra democracia.

El único cambio significativo que podría considerarse apremiante nos devuelve a las cuestiones ya comentadas sobre la falta de participación de la ciudadanía en la política, y atañe al sistema electoral. El sistema de mayoría simple que se aplica a las elecciones parlamentarias en el Reino Unido tiene ventajas que a menudo se pasan por alto. Permite a los Gobiernos llegar al poder con mayorías absolutas en la Cámara de los Comunes, aun cuando no cuenten con una mayoría absoluta entre el conjunto del electorado. De hecho, ni tan siquiera necesitan tener el mayor número de votos. Esta es una característica muy criticada de nuestro sistema, pero ha contribuido enormemente a la estabilidad del Estado inglés y a la capacidad de los Gobiernos para adoptar medidas contundentes cuando ha sido necesario. Sin embargo, lo ha logrado a costa de excluir a los partidos minoritarios, a menos que cuenten con una implantación regional sólida. Esto ha dado como resultado la concesión del monopolio de la alternancia a los dos grandes partidos nacionales. Esto probablemente fuera aceptable en una época en que los dos partidos nacionales principales tenían gran cantidad de afiliados y una proporción elevada de votantes identificados con uno de los dos, pero en este momento cuesta justificarlo. Su base de asociados es menor y menos representativa que nunca. Un corrimiento hacia la representación proporcional en las elecciones parlamentarias debilitaría el duopolio. Fomentaría una cantidad mayor de partidos, y más pequeños. Conferiría a los partidos nacionales consolidados más incentivos para granjearse simpatías más allá de sus bases. Los obligaría a negociar coaliciones cuando no lograran un apoyo electoral suficiente que les permitiera gobernar en solitario. Un sistema de primarias abiertas para elegir a los candidatos parlamentarios quebraría el poder de las diminutas minorías de activistas que controlan las agrupaciones locales de los partidos. Estos cambios implicarían que el mecanismo de ajuste y compromiso políticos, que en la actualidad opera sobre todo en el interior de los partidos políticos, pasaría a actuar entre los partidos políticos. Es probable que esto conllevara

Gobiernos más débiles y menos estables, lo que supondría una verdadera pérdida. Pero valdría la pena pagar ese precio si sirviera para impulsar el compromiso social y permitiera a los políticos volver a conciliar las diferencias de intereses y de opinión que existen en la población.

Ya hay bastantes especulaciones sombrías sobre cuánto conseguirá durar la democracia con un trasfondo económico adverso como para que yo añada otra. Los profetas suelen equivocarse. Pero sí quisiera profetizar una cosa: si en algún momento llegara el fin de la democracia, no nos daríamos cuenta. Las democracias avanzadas no se derrocan. No salen tanques a la calle, ni hay catástrofes repentinas, ni dictadores arrebatados, ni multitudes enfervorecidas. En lugar de todo eso, las instituciones sufren un drenaje imperceptible de todo lo que con anterioridad las hacía democráticas. Las etiquetas seguirán ahí, pero ya no describirán los contenidos. La fachada continuará en pie, pero sin nada detrás. La retórica de la democracia permanecerá inalterada, pero carecerá de significado. Y la culpa será nuestra.

---

[1] *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2018] AC 61.

[2] Recibe este nombre la encuesta estadística anual que realiza en el Reino Unido el Centro Nacional de Investigación Social desde el año 1983. *(N. de la T.)*